CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

OBRAS DEL AUTOR

HISTORIA DEL AMPURDÁN.—*Estudio de la civilización en las comarcas del Nordeste de Cataluña.* Un tomo en 4.º mayor, de 788 páginas, con ilustraciones gráficas.

Las patentes de invención y los derechos del inventor, un tomo de 256 páginas en 8.º (agotada).

Estudios prácticos de derecho catalán. Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones de Sanctacilia. Un tomo de 226 páginas en 4.º (agotada).

Llibertats y antich govern de Catalunya (conferencias).

Nuevo tratado de patentes de invención. Un tomo de 239 páginas en 4.º

Codificación moderna y codificación catalana.

El ejercicio de la jurisprudencia especialmente en Cataluña.

En colaboración con don J. Coroleu

LAS CORTES CATALANAS.—*Estudio jurídico de su organización y reseña analítica de sus legislaturas.* Un tomo en 4.º de 418 páginas.

LOS FUEROS DE CATALUÑA.—*Descripción comentada de la constitución histórica del Principado.* Un tomo en folio de 767 páginas.

CÓDIGO CIVIL

DE

CATALUÑA

EXPOSICIÓN DEL DERECHO CATALÁN COMPARADO
CON EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

JOSÉ PELLA Y FORGAS

Abogado de los ilustres Colegios de Barcelona y Madrid
Presidente de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona
Ex presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación

TOMO I

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. - CONSTITUCIÓN FORMAL
O EXTERNA. - CONCEPTO GENERAL DEL CÓDIGO.
TÍTULO PRELIMINAR Y LIBRO PRIMERO:
PERSONAS; DOMICILIO; MATRIMONIO;
PATERNIDAD; ALIMENTOS; PATRIA
POTESTAD; TUTELAS; EMAN-
CIPACIÓN Y MAYORÍA
DE EDAD

BARCELONA

J. Horta, impresor.—Calle de Gerona, 11

1916

ES PROPIEDAD DEL AUTOR

PRÓLOGO

Mi propósito es exponer el derecho civil que vive, siguiendo fecunda y poderosa tradición, en Cataluña; y a la vez compararlo con el Código civil español, para mayor aplicación y práctica a las cuestiones jurídicas presentes.

Seguiré el orden del Código civil, paso a paso, artículo tras artículo; anotaré las diferencias que separan en su parte preceptiva, y aun en su espíritu y tendencias, a ambos derechos; y con la omisión del comentario, algunas veces, resultarán de por sí las analogías o bien las materias en las cuales el Código es de aplicación a Cataluña.

En esta comparación me han guiado la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina de los autores catalanes antiguos y modernos, los comentaristas y glosadores de los derechos romano y canónico, y los modernos expositores del Código francés, que son los más idóneos para explicar las disposiciones que de él ha copiado nuestro Código civil.

Yo pretendo sin embargo hacer algo más que todo esto, algo más que una obra de legista para sola la práctica de llevar pleitos.

Considerando yo las causas por que se ha desnaturalizado con la aplicación de leyes extrañas el derecho civil catalán, se me representaron en primer término el error de proclamar la ley escrita como la única fuente del derecho, del derecho

civil, función social espontánea y más en un país de costumbres como Cataluña; he recordado además la influencia nefasta de la escuela que se desarrolló en la Universidad de Cervera de referirlo todo al derecho romano y a su historia; con que se dió escasísima importancia al elemento indígena y a la vida asombrosa de las costumbres jurídicas dentro de la amplísima libertad de contratar y testar que rige y de que usa el pueblo catalán; y en segundo término he tenido en cuenta la ignorancia en que generalmente se está de los elementos y orígenes históricos y filosóficos de las instituciones catalanas; y por todo esto me impuse la tarea difícil de pretender explicar, en la primera parte de esta obra, y luego en el curso de ella en cada institución, los elementos constitutivos internos y externos del derecho civil catalán, cosa hasta aquí no intentada.

Me impulsaron, finalmente, a publicar esta obra, no la vana satisfacción personal, sino consideraciones patrióticas en relación con los momentos actuales, en que espera el derecho civil de Cataluña que decidan de su suerte codificándolo o refundiéndolo; por manera que publico estos estudios en el instante de la crisis suprema para las tradiciones jurídicas de este país, al objeto de formar un deslinde que separe el patrimonio catalán en su relación de vecindad y compenetración con el Código civil español, y si es posible evite sus frecuentes invasiones.

Por lo menos deberá reconocerse, a falta de otros méritos, que esta obra aparece en ocasión oportuna.

Barcelona, 11 de Febrero de 1916.

Estudio de los elementos constitutivos del derecho catalán y del origen histórico de sus instituciones

I

El territorio — La raza

I. *El derecho función social.—La relatividad de la ley.—Necesidad de estudiar los elementos de que trae origen el derecho civil catalán, y males que ha producido la ignorancia de éstos.*

II. *Historia interna del derecho civil e historia formal o externa.—Descuido en que se ha tenido la primera. Importancia que se ha dado a la segunda y por qué causa.*

III. *Factores que contribuyen a formar la psicología de un pueblo.*— Psicología del pueblo catalán.

a) *El territorio.—Su situación geográfica.—Las tres fronteras históricas: la mediterránea, la castellana o ibérica y la francesa o celtogala, y su respectiva influencia en la formación de la nación catalana.*

b) *La raza. Los camitas antiguos. Los indoeuropeos.*

c) *Distribución etnográfica de Cataluña.—La cordillera central. Caracteres y tendencias de las comarcas de Cataluña Occidental: Urgel, Lérida y Tortosa.*

Idem de Cataluña Oriental: Rosellón; Cerdeña, Ampurdán, Costa, Bajo Vallés y Campo de Tarragona.

Idem de las comarcas centrales: Vallés; del Cardoner y Llobregat y Llano de Vich.

d) *Aptitudes intelectuales que distinguen a los catalanes, según las comarcas.—Idealistas, científicos, historiadores, políticos y reformadores.*

IV. *Principales factores que concurrieron a la unidad de Cataluña.— Influencia especial de Barcelona.*

V. *El sentido jurídico y de la tradición en el pueblo catalán.*

I. El sentimiento de lo justo y de lo injusto, el derecho, en una palabra, que vive en el fondo de la conciencia humana, hay que interesarse en averiguar por qué se exterioriza con mayor o menor fuerza, y con tales o cuales modalidades, según los pueblos y aun de una manera diversa, dentro de una nación, según las regiones; cuando no se considera el derecho como simple principio de razón, hijo de una voluntad imperante, sino que existe de por sí como función social, según entendieron los legisladores catalanes (*Cascuna gent á sí mateix elegeix propria ley per sa costuma.* Constituciones de Cataluña, ley I, tít. XV, lib. I) (1).

Sin necesidad de recurrir a la paradoja en el decir, en descrédito de la justicia, que lo que es justo a un lado de una montaña es injusto en el lado opuesto (2), y sin que haga falta, tratándose de derecho civil, declararse partidario de las escuelas transformistas y positivas, y aun de ninguna escuela, bastando el sentido natural o común para explicarse la elaboración de las instituciones, desde el momento que se prescinde del derecho como función arbitraria del legislador, y cuando menos aceptada la relatividad de la ley en el sentido de Montesquieu (3) y de tantos otros autores, relatividad con respecto a *la física*

---

(1) Entiéndase que sólo me refiero al *derecho civil*, según la definición romana: «Jus civile est, quod quisque populus *sibi ipse* constituit (Digesto *de just*, ley 9, lib. I, tít. I). De consiguiente son ajenas aquí las grandes discusiones acerca del origen del derecho *in genere* entabladas por las escuelas teológica (santo Tomás, Suárez, Bonald, etc.), autocrática (De Mestre, Hobbes), del contrato social (Rousseau ,etc.), espiritualista (Leibnitz, Kant, Puffendoff), histórica (Savigny, Puchta, Schaffle) y positivista (Comte, Spencer, etc.). Además, distingo entre el derecho civil subjetivamente considerado en su categoría de sentimiento e idea en el individuo, formado por la tradición, la costumbre, las influencias de raza u orígenes, y el derecho civil como hecho social que se exterioriza en instituciones que se desarrollan bajo las mismas influencias a través de las edades.

(2) Pascal. *Pensées de Blaise Pascal.* «Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne! Vérités au deçà des Pyrénées, erreur au delà.»

(3) Montesquieu *L'esperit des lois.* Londres, 1769 lib. I, cap. III. La relatividad de la ley según los caracteres de los pueblos fué expuesta extensamente por el gran propagador de las ideas de Montesquieu en Italia, Filangieri. *La scienza della legislazione.*

del país, a las inclinaciones de los habitantes, sus costumbres y sus orígenes que admiten, con más o menos regateos, todas las escuelas, conviene declarar imprescindible la necesidad de estudiar todos estos elementos del derecho civil y más cuando se trata de un país como Cataluña en el cual la mayor y mejor parte de su derecho indígena se basa en costumbres y tradiciones jurídicas.

Tengo por muy cierto y seguro que la ignorancia de estas cosas, que no se suplió con las historias o mejor dicho inventarios de la legislación, (única historia hasta ahora que de nuestro derecho conocemos) vició de tal manera la ciencia jurídica, que a la vista de todos está el hecho lamentable en nuestra curia de que, a falta de textos escritos y aun cuando los haya, mal interpretados por ser antiguos, con desconocimiento de sus orígenes y naturaleza, dió ancho campo a la adaptación de leyes extrañas así romanas como castellanas para explicar y regular las instituciones mal conocidas. Es esto tan grave, que la desnaturalización, por ejemplo, de nuestros fideicomisos, heredamientos, establecimientos enfitéuticos y *rabasses mortes*, etc., debe atribuirse en su mayor parte a esta causa. Porque ¿cómo explicar, mediante textos romanos, costumbres y leyes que nacieron en el seno de civilizaciones antirromanas? ¿Será en las leyes castellanas, o en las del Código Civil donde encontraremos la razón de ser de heredamientos, esponsalicios catalanes, aixovars, pactos de sobrevivencia y demás características de la organización familiar nuestra? Y si no sabemos de dónde todo esto trae origen, ¿cómo guiarnos en tales obscuridades? Es preciso, se impone, cambiar de método en la exposición histórica de nuestro derecho.

Véase la situación y configuración del territorio nacional, indáguese qué razas e influencias entraron por sus fronteras, pondérese además los elementos que sirvieron de fundentes o aglutinantes para constituir la nacionalidad (religión, poder político, grandes ciudades, las cuales son el crisol de los pueblos); búsquese, en fin, el *substractum* étnico e histórico de las comarcas en que germinó y creció el derecho civil. Esto es la historia; no simple curiosidad e inútil entretenimiento,

sino en su sentido más amplio, o sea *estudio del presente por medio del pasado*, y esto con mayor motivo cuando no se trata de la historia política sino de orígenes y naturaleza de las instituciones civiles.

II. Esta será, si se quiere, lo que algunos llaman *historia interna*; en cambio la *externa y formal* del derecho civil se manifiesta en la ley, en los Códigos, en los Tribunales, en la labor de los juristas. En estos dos grandes grupos estudio la naturaleza del derecho catalán. Esta última, o sea la parte formal o externa del derecho, es la única que se ha historiado, y se le ha dado en España importancia desmesurada porque «se ha querido considerar el derecho civil como una producción que nunca emana necesaria y directamente de la conciencia popular, sino como una cosa artificial, como una construcción hecha por vía de deducción abstracta por una clase especial o sea los juristas...» (1) Esta abstracción es hija de la creación del hombre abstracto, *hombre-idea* hecha por las escuelas del siglo XVIII y por la Revolución francesa; hombre ideal como sujeto del derecho, en oposición a los hombres de carne y hueso, distintos por su raza y su historia. Si uno es el hombre, una la ley sin diferencias, y el derecho una ficcion de la inteligencia, cabe gobernar arbitrariamente, cualquiera que sea la condición de los pueblos y sin atender a la libertad civil en sus variadísimas manifestaciones: esta es la consecuencia lamentable de aquellos principios.

Por fortuna, en nuestros días se ha reaccionado contra estas concepciones, y quimeras de un derecho único, comparables

---

(1) Chironi, profesor en la universidad de Turín, prólogo a la obra D'Aguanno *La genesi e l'evoluzione del diritto civile, secondo le risultanze delle Scienze antropologiche e storico-sociali*, Turín, 1890. La especulación de los juristas, «consiste en la busca del fundamento de la teoría jurídica, pero la razón fundamental es un determinado estado social *según es entendida por los juristas*».

Tourtoulon, profesor de la Universidad de Lausane, añade a esto: «Enumerar las diversas disposiciones que contienen las leyes no es dar a conocer la verdadera fisonomía de un derecho... Una institución observada en sus rasgos generales puede parecernos idéntica en diversos países; pero sometida al microscopio del análisis, nos ofrecerá tendencia y deseos muy diferentes. Esto ocurre con el feudalismo francés, alemán, inglés y español; surgen en las mismas épocas, tienen una importancia social análoga en apariencia, responden á principios jurídicos comunes, pero estudiados en su aplicación, denotan mentalidades muy diferentes.» *Los principios filosóficos de la historia del derecho* (trad. Carande). Madrid, 1909, pág. 145 y 146.

a las de una lengua única, y hoy se encabezan los estudios jurídicos de la familia, la propiedad, las sucesiones, el derecho civil en fin, con el análisis previo de la psicología de los pueblos.

III. Tres factores principales contribuyen a formar la psicología de un pueblo: unos estáticos, como su situación geográfica y la raza; y otros dinámicos, como las influencias de sus vecinos en paz y en guerra y su evolución interna por medio de elementos fundentes (1). No he de explicar y ponderar, dada la índole de esta obra, el poder e influencia que en el alma de un pueblo obra cada uno de estos elementos y por lo que se refiere al pueblo catalán repetiré en gran parte el estudio que hice en otro tiempo. (*Historia del Ampurdán*, pág. 770 a 778.)

El territorio catalán, recuérdese que confina al Norte con Francia, que al Sur y a Occidente está unido con el interior de España y de Oriente recibe las olas del Mediterráneo en toda su larga costa, desde las raíces de los Pirineos hasta más allá del río Ebro.

Estas fronteras corresponden a tres grandes influencias en la civilización: la influencia oriental de la costa o mediterránea, la occidental ibérica o del interior, y la del Norte francesa o celto-gala.

a) El Mediterráneo, por el hecho positivo de ser intermediario y moderador de tres viejos continentes, Asia, Africa y Europa, que en él concurren y lanzan gentes y civilizaciones diversas para confundirse o imitarse, dió al pueblo catalán su facultad de adaptación y formó su civilización comercial y expansiva: este fué el secreto de la inmensa supremacía de Roma (poblada de dioses y costumbres del universo entero), como asimismo lo fué de las repúblicas italianas en la Edad Media. Cataluña, potencia marítima y mediterránea, en el dominio de los mares encontró su grandeza y estuvo en contacto con pueblos los más diversos en leyes y costumbres, lo cual influyó en su psicología propia y en el concepto que

(1) Fouillée. *Esquisse psychologique des peuples européens*. París, 1903 Introducción **XI**.

se formó del derecho. (Véase más adelante en este libro al tratar de la escuela jurídica catalana).

En el lado opuesto al Mediterráneo, está unida Cataluña a la península Ibérica por las fáciles llanuras de Occidente, por donde recibió sin interrupción usos, tendencias y sangre de la Celtiberia antigua, después Sur de Aragón y Castilla, y participó de todas las desventuras y grandes calamidades políticas de la Península. Esto compensó y, algunas veces, retardó, el desarrollo del espíritu latino o mediterráneo. Participó también por el Occidente de la barbarie goda, que llegó del fondo de España en el reinado de Eurico, y asimismo vió llegar de ese lado los pueblos árabes y africanos, numerosos como las arenas del desierto. Empleada después en la obra común de la reconquista de la Península, retrasóse su evolución social, aunque anticipándose a los demás Estados, a quienes abandonando la empresa, lanzóse Cataluña a otras exteriores, ya en el siglo XIII, mucho antes que Portugal y Castilla. Este apartamiento de las empresas de España resultó tan cierto, por otra parte para nuestra desgracia, que sin solidaridad con los demás españoles, mientras los castellanos se dirigían a la conquista de América y a las guerras de Carlos V y Felipe II, y los portugueses a las Indias, el pueblo catalán, apartado y envejecido, se abismaba en la decrepitud que le produjeron libertad y vicios del Mediterráneo. Por esto el cetro de la monarquía única española quedó en manos de Castilla en el siglo XVI, y el pueblo catalán hubiérase de seguro confundido completamente en la hegemonía castellana o celtibérica, si una clase social nueva, que apareció a la vida política a últimos del siglo XV como explosión de elementos étnicos, oprimidos por el feudalismo en las comarcas del Nordeste (los *pagesos* de remensa y la democracia religiosa), no se hubiera apoderado de la cosa pública del Principado y producido la guerra de los segadores y la de sucesión y llenado los escaños vacíos de las Universidades y animado los talleres y despertado el comercio.

Debo tratar de la tercera influencia, que en orden a importancia es la primera y así se tratará en el próximo capítulo, Cataluña, en los primeros tiempos de la Edad Media formó parte

del imperio francés. Después de la independencia del Principado, sus fronteras se extendían mucho más allá de los Pirineos; recibía a puerta abierta el feudalismo francés, precisamente en los momentos primeros de constituirse como nación libre. Además, en las grandes crisis de la historia del Principado debió contar con la frontera francesa. Pero, aun antes de separarse el Rosellón, las montañas se interponían de manera que la dominación francesa no pudo pasar sino inconstante y a ocasiones por medio de avenidas de pueblos y multitudes armadas. Así, soldados de Carlomagno y Ludovico Pio pasaron los Pirineos para levantar la nacionalidad catalana, dominada por los árabes; así los cruzados franceses en 1285; así los regimientos de Luis XIV; los revolucionarios de la república en 1794; y los veteranos de Napoleón en 1808. Aunque todos venidos de modo intermitente y a ocasiones, promovieron en el pueblo catalán sus cambios más profundos y generales.

b) En suma: estos son los elementos dinámicos a cuyo empuje osciló la civilización catalana; estas las influencias externas modificadoras. Conviene ahora a mi propósito analizar otras condiciones internas e inmanentes que forman la estructura de una nacionalidad; en primer lugar la raza (1).

No encontró la antropología, en pueblo alguno, una sola raza; porque de la propia suerte que las corrientes atmosféricas, aguas y temperaturas, se modifican en el territorio con el relieve de cordilleras y variedad de valles y llanuras, las emigraciones de los pueblos antiguos siguieron camino de los ríos, apartáronse de barreras, detuviéronse en llanuras, según impulsados por hambre y guerra la configuración de las tierras ofrecía; y era así imposible quedase unidad de pueblo y de civilización en nación alguna y por lo tanto equivalencia abso-

---

(1) No necesito recordar los autores que estudiaron el derecho en relación con la raza, pero bien merecen una excepción las obras modernas: PICARD, *El derecho puro* (trad. de Serrano Jover), Madrid, 1911. TOURTOULON, *Los principios filosóficos de la historia del derecho* (trad. Carande), Madrid, 1909. Sobre la raza y la situación geográfica, MOUGEOLLE, *Les problèmes de l'Histoire*, París, 1886. D'AGUANNO *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle Scienze antropologique e storico-sociale*. Turín, 1890.

luta entre una raza y un derecho y porque además no existen derecho puro ni raza pura en el mundo (1).

En la distribución de las avenidas de pobladores, según obligan la configuración y relieve de las tierras, solía acaecer que los recién llegados, y que tuvieron la fortuna de vencer y dominar, quedaron con lo mejor, fácil y más agradable del territorio, mientras que los vencidos se refugiaron en los sitios agrestes, extremos o menos codiciados; movimientos de la Humanidad que dieron, por cierto, asunto a curiosísimas observaciones (2). Su aplicación al pueblo catalán nos señala de qué manera la primera raza civilizadora de Cataluña, el pueblo sardo, cuando la venida de la innumerable multitud de las tribus de agricultores y pastores indoeuropeos, rompióse y esparcióse en varios restos, quedando apartado en la costa, los valles interiores y comarcas occidentales. Mas entonces como siempre acaeció el fenómeno de que los invasores, mezclada su sangre con los indígenas, aquietado el movimiento de la confusión y guerra, prosperan los elementos primitivos en medio de costumbres nuevas, por la tendencia de las generaciones a volver al tipo originario; de tal modo, que a veces los que con mayor ruido llenaron la Historia, como romanos, cartagineses, fenicios, griegos y más tarde los godos, no numerosos y menos en mujeres, modificaron la cultura, pero no dejaron grandes cambios en la sangre de los pueblos vencidos; y así la semejanza de los cráneos de los actuales sardos de la isla de Cerdeña y de los que forman el fondo étnico más numeroso de Cataluña, es consecuencia de este fenómeno de atavismo. (Indices cefálicos 70,71, 73, 74 dolicocéfalos). Esto contribuye al predominio de un carácter nacional y cierta unidad fundamental, dentro de la variedad, en la nación catalana.

Por esta causa formaron la población catalana, y la constituyen, numerosos y principales elementos de la progenie camita, a que pertenecían los sardos, altos, delgados, morenos,

---

(1) «Si existen caracteres jurídicos en una raza, no se presentarán a nosotros como la nariz en medio del rostro, en forma de una institución completa y especial, propiedad exclusiva de un determinado derecho. Cada derecho es una combinación de instituciones, del mismo modo que lo es cada hombre de un conjunto de elementos intelectuales y morales.» Tourtoulon, *ob. cit.* pág. 145.

(2) C. F. Ujfalvii. *Les migrations des peuples*, París, 1873.

dolicocéfalos, y de los invasores indoeuropeos. Estos eran rubios, mesaticéfalos los celtas: con los ojos y cabello negros los iberos, ambos de estatura promedia; rubios-rojos, altos, los galos y los godos. Metalurgistas, industriosos, navegantes; los sardos, suspicaces y tristes; en cambio, pastores y agricultores, los indoeuropeos, de los cuales los iberos y ligures, eran denodados, fieros, supersticiosos, comunistas; estrepitosos en las armas; amigos de colores brillantes los galos, según Apiano, Diodoro de Sicilia, Estrabon y otros autores de la antigüedad. La preponderancia de los indoeuropeos en las llanuras que invadieron para cultivarlas, y de las primitivas gentes sardas en los lugares fragosos o extremos, es un hecho que coincide con la diversidad de carácter, aptitudes y tendencias de las comarcas catalanas, la cual se presenta, con la Historia en la memoria y el mapa a la vista, de esta manera.

Todo induce a creer que esas avenidas de gentes se distribuyeron de la siguiente forma:

c) Divide el territorio catalán, en sentido de N. a S., una gran cordillera, en la cual articulan todas las sierras y descienden los ríos del Principado. Salida del anfiteatro de montes que rodean la Cerdaña, esta cordillera se prolonga hacia el S., arqueada como espina dorsal, por Berga, Solsona, La Segarra, Santa Coloma de Queralt, Vimbodí y montañas de Prades, donde llegando a la corriente del anchuroso Ebro, termina en la inmensa pirámide de la Mola de Montroig y en el Coll de Balaguer, que echa sus raíces en el Mediterráneo. Por manera que el Principado se comparte entre las tierras que descienden y caen a mano derecha u Oriente de esta cordillera (Rosellón, actuales provincias de Gerona, Barcelona y campo de Tarragona), y las que están a izquierda u Occidente (Urgel, Pallars, Lérida, Priorato y región de Tortosa). Las invasiones de los pueblos indoeuropeos llegaron a esta cordillera central de Cataluña desde las llanuras de Aragón, como llegan las aguas frente a un dique colosal, y sin pasarlo, descendieron a la costa por el Ebro y Tortosa. Por ello en todo el Occidente (Urgel, Pallars, Lérida, Priorato y Tortosa), el habla catalana suena clara (plurales en *ees* claras) como el castellano y el vasco, dado que la boca del ibero no admite

matices de vocales a que propenden las lenguas célticas y teutónicas, las cuales debieron influir en el Oriente del Principado, donde la pronunciación es obscura.

A la división que, con mojones inmutables, forman los montes, corresponde, pues, la distribución fonética. Se añade ahora la histórica: Cataluña occidental, tardíamente librada de los árabes, puesta en contacto y confusión con aragoneses navarros y gascones, realizó su evolución social apartada, sacando de sus comunidades y centros primitivos de población la libertad individual, superior a otras comarcas catalanas, librándose de las prestaciones feudales por mano de sus condes y obispos de Urgel, o al dictarse sus cartas pueblas, como las de Agramunt, Lérida y Tortosa. Su vida más hermanada y comunista, su tipo apenas variado, presenta los habitantes a la escena política en masa, en la vida social reunidos en poblaciones (cuyos nombres son ibéricos) y no tan aislados en *masos* o *masías* como en la Cataluña oriental, en fin, mostrándose en todo exentos del exagerado individualismo de los demás catalanes (1). Cultivan sus tierras desconociendo gradaciones de censos y vasallajes que desarrolló el feudalismo excesivamente en Cataluña oriental. En los altos valles de esta comarca confinando con la Gascuña, ya veremos al estudiar las instituciones familiares, se depositaron y se conservan elementos indudables del derecho ibérico, desaparecido de las tierras llanas y abiertas.

Aunque puestos en la entrada de la Celtiberia, la sangre extraña no les ha desviado de su destino íntimamente unido a Cataluña. Así en los siglos IX, X y XI, cuando sus condes les guiaban a combatir a los árabes en el centro de España, de la misma manera que al mezclarse sus tribus en el ejército conquistador de Valencia, que en gran parte poblaron, lo propio que al guerrear por el último de sus condes, Jaime de Urgel, *el Desdichado*, contra la dinastía castellana, y en el esfuerzo de su conde de Pallars, cabeza de las turbulencias del reinado

(1) En la reunión de 20,000 hombres de los sometenes en Montserrat en 1904 al revistarlos el rey don Alfonso, que fué bella muestra de las razas catalanas, en su porte, orden y falta de exagerado individualismo, estos se distinguían de los demás catalanes.

de don Juan II, así como en el resistir el absolutismo e intolerancia que llegaban de las cortes de Felipe II y Felipe III, que los castigaron despiadadamente destruyendo las más de sus casas solariegas y castillos en que albergaron patriotas y herejes gascones y otras gentes revolucionarias del mediodía de Francia, mostráronse enlazados a los otros pueblos de distinto origen, del Principado.

Lo que las invasiones ibéricas hicieron en las llanuras de Urgel, Lérida y Tortosa, lograron, pero en menor escala, otras invasiones de indoeuropeos, pero celtas, galos y ligures en la vertiente derecha de la cordillera central. Cataluña oriental ofrece abiertas solamente las llanuras y valles del Rosellón, Cerdaña, Ampurdán y regiones vecinas, el bajo Vallés y campo de Tarragona; en todas estas partes entraron copiosas tribus indoeuropeas, de las indicadas familias celta, ligur y celtogala, según indican cráneos, (Indices cefálicos 75, 79, susdolicocéfalos), y la pronunciación más cerrada y obscura hiere el oído de un modo singular como la de liguros del norte de Italia y franceses. Mas los caracteres indoeuropeos quedaron, por el relieve y diversidad del suelo, repartidos de un modo más vario que en las tierras catalanas de Occidente. Tienen las gentes del campo de Tarragona la misma energía que los iberos, sus vecinos, a los cuales se aproximan más que los otros catalanes orientales pero, son llevados a mayores arrebatos y novedades, según pusieron a la superficie las guerras contemporáneas en ciertas villas, tales como Reus y Valls, en la ardiente inclinación a todas las reformas, protestas y cambios, que es efecto de influencia mediterránea.

A su vez en la población indoeuropea del NE. (Gerona) domina de un modo saliente el tipo celtogalo, desde la gran invasión del siglo IV antes de J. C., que halló dispuesta la comarca con elementos congéneres depositados por las avenidas indoeuropeas de celtas, y que el continuo flujo y reflujo de población francesa en los tiempos modernos ha ido alimentando. Ello es que caracteriza a los habitantes de las más de las villas ampurdanesas su trato abierto, su lengua suelta, como sus afecciones; son estrepitosos y fáciles en sus alegrías; apasionados a la música, y como se arrebatan las más de las veces sin

consecuencias, diríase que forman un pueblo niño (1). Las gentes del campo se visten mostrando gusto por las ropas pintarrajadas; usan gorros y pañuelos rojos y amarillos, que recuerdan los *plaids* escoceses o los mantos de los galos, según Diodoro de Sicilia, en lo cual se conocen en ferias y mercados distintos del vestir obscuro (ibérico, según Estrabón, Diodoro y Atheneo) y del gorro morado de los demás catalanes. Es digna de notar aquí la inclinación de los indoeuropeos a determinados colores, y en ello que los vascos prefieren ropas azuladas, y los galos y sajones el color rojo o encarnado. Si son restos, los celtogalos del Ampurdán, de una raza joven que quedó detenida a las puertas de la península ibérica, parece que lo demuestran también la institución primitiva de la *faida* o derecho de venganza, que conservaron expresa y viva en la carta-puebla de Figueras y en las ordenanzas del condado de Ampurias. Los nombres locales del Ampurdán repetidos en Asturias, Galicia (*pequeña Galia*) y Bélgica refuerzan este concepto, y las costumbres jurídicas que en el derecho civil con carácter céltico, conservan según veremos en la organización de la familia y la propiedad, con restos del feudalismo germánico que allí arraigó como en ninguna otra región de España.(Indices céfálicos 74, 75, 77, 78.)

Mientras corrían las oleadas de pueblos en las llanuras de Occidente, Urgel, Lérida por un lado y por otro nuevas avenidas entraban en los valles y llanos de Oriente (Ampurdán, Vallés y Tarragona), los sardos de raza camita eran acorralados a los extremos de la costa y a los lugares fragosos del centro de Cataluña. Este centro son los valles del Cardoner y Llobregat, levantados sobre el nivel común de las llanuras catalanas y constituyen el riñón de la tierra. Es comarca de altas sierras que la encastillan, cubierta de bosques, áspera y fría, Manresa, Cardona, Solsona y Berga, a las que se añaden Moyá y Sellent, como núcleos de su población. Esta es grave, suspicaz, como de pueblo viejo; modera sus afecciones, que no extrema ruidosamente como los ampurdaneses, ni le arrastran a lo imprevisto como a los que habitan las llanuras del

(1) LETOURNEAU. *La sociologie d'après l'ethnographie*, lib. III. *De la vie affective.*

campo de Tarragona; habla el catalán con mayor pureza que sus hermanos de nacionalidad; ni la música ni las ruidosas fiestas resuenan en sus villas apretadas y tristes. Constituye, bien a la vista del observador, el depósito de los más puros y primitivos elementos étnicos de Cataluña, extendidos con más que mediano número en el Vallés, Panadés y tierras que rodean Barcelona. Desde la antigüedad, en que formaron estos habitantes la renombrada tribu de los *lacetanos*, tienen acreditado su valor militar; su grito de guerra oyeron, no sin espanto, por primera vez las legiones romanas, según refiere Tito Livio; ellos escondieron y guardaron en sus encastillados valles a Cneo Pompeyo, perseguido; ellos pactaron con los empera dores francos su libertad del dominio árabe, que indicios quedan de que siempre resistieron; son los primeros que tocaron a sometent contra los ejércitos de Napoleón I y le derrotaron, testigos los cerros del Bruch; y son ellos, por fin, los que aguantaron el mayor peso de las guerras civiles contemporáneas. En todas las crisis esta comarca sirvió de fortaleza de Cataluña, como recuerda el conde de Barcelona Borrell, *retirándose a las montañas de Manresa* el día de la destrucción la ciudad por Almanzor, a quien seguía una oleada de tribus africanas; en la reunión del Parlamento catalán, en 1713, debiéndose a sus delegados la proclamación de la guerra a Felipe V, que sostuvo hasta el último trance en el castillo de Cardona; en 1794 reunidos en Manresa promoviendo la defensa del Principado, abandonado a la invasión republicana.

Se agrega naturalmente a esta comarca central el llano de Vich, cerrado por montañas, donde se muda el nombre antiguo de la tribu en el de *ausetanos*, tomado de Ausa, su capital, en el sitio que ocupa Vich; comarca hermana de la anterior, con alguna mayor mezcla de poblaciones célticas, (Indices cefálicos, 75, 76, 77), y cierta singular disposición a brillar en el ejercicio de las facultades intelectuales superiores. Cuéntase que Atton, obispo de Vich, enseñó en el siglo X la ciencia al monje Gerberto, a quien, salido de estas tierras, nombraron papa con el nombre de Silvestre II, y desde esta primera noticia de la ilustración vicense, la llama del saber catalán brilló preferentemente en dicha comarca.

d) Esto me lleva como de la mano a *tratar de las aptitudes intelectuales que distinguen a los catalanes según las comarcas, como signo de diferenciación y de raza.* Criaron todas ellas hombres dedicados a los diversos ramos del saber; pero se observa que el mayor número y los más famosos idealistas, teólogos, místicos y poetas tuvieron su cuna en las comarcas centrales y primitivas: Lacetania y Ausetania. Basta en la historia literaria observar, en el orden de los idealistas, que Balmes, Bach, Gallisá, Costa y fray José del Espíritu Santo, eran de la comarca de Vich; Abad, teólogo (siglo XVII), de Cardona; Oller, teólogo (siglo XIII), Vallcendrera, y Bisbe y Vidal, de Manresa; el obispo Amat, Mas y Casellas, y el padre Claret, hijos de Sellent; y en cuanto a poetas, recordemos el marqués de Avilés, Comella, Ribot y Fontseré, Camprodón; y de los contemporáneos el más gran poeta catalán, Verdaguer, es del llano de Vich, donde la bella literatura en el actual renacimiento de las letras e idioma catalanes produjo, como en tierra fecunda, abundante fruto.

Ni la poesía ni la filosofía abstracta brillaron en las demás comarcas de Cataluña; antes las facultades de observación propias de razas jóvenes produjeron en el campo de Tarragona, Lérida, Urgel y en el Ampurdán y la costa, médicos, químicos, botánicos, sabios en el estudio de la Naturaleza; o bien historiadores, reformadores y políticos, a quienes los problemas positivos de la vida humana, la guerra, el derecho o la diplomacia llamaba con ingénita inclinación. Nadie crea exageración ni síntesis arbitraria la presente, porque se comprueba también con la historia literaria en la mano (1), en la cual no será sin causa que nuestro gran jurisconsulto Fontanella, sea de Olot, y el más famoso cronista de Cataluña, Muntaner, natural de Peralada, y el más conocido, Pujadas (oriundo de Figueras) el gran político e historiador, el cardenal maestro y canciller de Fernando *el Católico*, Margarit, nació en Castell de Ampurdá; a los que siguen con menos renombre, pero en lugar promi-

(1) TORRES AMAT. *Memorias para ayudar a formar un Diccionario crítico de los escritores catalanes.* Barcelona, 1836.—COROMINA. *Suplemento al diccionario.* Burgos, 1849.

nente en la historia literaria, el eruditísimo jurisconsulto Tomás Mieres de Gerona, consejero de Alfonso V, recopilador y comentador de las costumbres feudales; Socarrats, de San Juan de las Abadesas; Eymerich y Dorca, de Gerona, el primero, gran reformador de la Inquisición y gran escritor de Derecho público el segundo; Puig y Descals, de Santa Leocadia de Algama; Ferrer y Subirana, de Olot. En Derecho e Historia Masdeu y Feliu de la Peña, historiadores hijos de Barcelona, los Bofarull de Reus; y no se negará a Bosch, del Rosellón, a Martí Viladamor, de Puigcerdá, a Oliva, del Querol, primer tratadista catalán de Derecho de enjuiciar, ni a Bellvis de Urgel, ni a los siguientes, también jurisconsultos, hijos de la comarca de Lérida y todos notables: Cortiada, los dos Ferrer, Molí, Vilaplana, Botet, Ramon y Cisteller. Puede observarse que ni en tanto número ni en importancia figuran los sabios en derecho e historia en el centro de Cataluña por más que Callís era ausetano y Peguera de la comarca de Manresa.

Jurisprudencia e historia, pues, ciencias nacidas de la observación y relación de la vida social, diólas a Cataluña la raza indoeuropea, invasora de las llanuras de Occidente, Lérida, Urgel, valle de Cerdaña, comarcas del nordeste de Cataluña y campo de Tarragona; y esta disposición intelectual, así los separa de los idealistas, filósofos y poetas del centro de Cataluña no sólo en las ciencias morales y políticas, sino en las naturales y exactas. Téngase en cuenta a este propósito que del NE. de Cataluña salían antes los más de los catalanes alumnos de la escuela médica de Montpeller; que el médico Hisern era hijo de Bañolas; el popular Aragó, del Rosellón, Fabra, de Llivia, y Bolós, el célebre naturalista, originario de Olot; Garriga, de San Pedro Pescador, y Roura, de San Feliu de Guixols; Isern de Setcasas, Palau de Blanes, Agustí de Bañolas, Brunet de Hostalrich, químicos y botánicos. En ciencias naturales sobresalieron hijos del campo de Tarragona, como el famoso médico Gimbernat, hijo de Cambrils; Martí, naturalista; Borrás, médico, nacido en Falset; Galí, en Tarragona; Mata, en Reus, y otros muchos.

Otro tanto puede decirse en punto a reformas y novedades así científicas como políticas, más propensos a ellas los hombres

notables nacidos en las comarcas exteriores que en las del centro del Principado; distínguense en este punto modernamente las poblaciones que en lo antiguo fueron villas libres. En esta materia basta con recordar que Clarís nació en Barcelona, y con la indicación de los nombres de las actuales ciudades de Reus y Figueras va unido el recuerdo de Monturiol, Terradas, Sinibaldo de Mas, el general Prim y otros, los cuales sintetizaron en alto grado su comarca de origen.

IV. Y ahora sólo dos palabras (lo demás sería poner aquí toda la historia político-social) acerca la evolución interna del pueblo catalán.

Las grandes instituciones de carácter universal como son la iglesia, la monarquía, la capitalidad, aquí como en otras naciones sirvieron de fundente, de aglutinante de la variedad originaria.

La Iglesia, amparándose de los espíritus, y a la vez con su jerarquía, y la jerarquía feudal asimismo, fueron en primer término elementos de subordinación y unidad. La realeza que nació en el Condado barcelonés, al que se sumaron casi todos los de Cataluña, y la capitalidad con la gran ciudad mediterránea de Barcelona, obraron de fundente para salir de una pieza en definitiva la nacionalidad y la unidad espiritual del pueblo catalán.

La capitalidad pareció quedaría en la Tarragona vetusta y luego en Ampurias en los primeros años de la reconquista de los francos, con lo que se hubiera renovado entonces la antiquísima confederación ibérica del Ebro al Ródano, pero sucesos posteriores como la destrucción de la misma Ampurias por los piratas normandos, la batalla de Muret y el tratado de Corbeille que arrojaron a los monarcas catalanes del Languedoch y Provenza, llevaron el centro de gravedad a Barcelona; desde entonces, con civilización, libertades y riqueza, y resultar centro y resumen de todas las gentes catalanas, Barcelona lleva el cerebro motor del organismo y es el primer fundente de la unidad moral del Principado.

Natural había de ser que esa concentración influyese en el derecho y aquí fué por modo singular, resultando, y es una de

las características del derecho civil de Cataluña, que Barcelona extendió sus libertades ciudadanas a varios pueblos que por este hecho se llamaron *calle y miembro* de Barcelona; como si se realizase una extensión de la gran urbe por todo el territorio; y eran el camino por donde penetraron en varias comarcas ciertas instituciones civiles barcelonesas, que como más libres arrinconaron buena parte de la tradición feudal e indígena. A pesar de todo, Cataluña ha sido el país de la variedad por excelencia en el derecho, y aun conserva esta fisonomía en medio de las ruinas y destrucción que han sufrido sus instituciones, porque su vitalidad jurídica es potente.

V. En pocas regiones de España el sentimiento del derecho se agita con mayor intensidad que en Cataluña (1), pero toma una forma especial: no se limita a un simple reconocimiento de la idea de lo justo o lo injusto, sino que lo asocia con la tradición, la costumbre, como de un postulado del cual buena parte hace derivarlo.

Sea cuestión de raza, así lo creo, sea por las causas que fuere, lo cierto es que el sentido del derecho y de la tradición se ha desplegado en todas épocas de un modo esplendente hasta llegar a ser característico de todas las clases sociales, especialmente de las rurales, las cuales por su manera de vivir conservan con mayor pureza la fisonomía moral del pueblo. Una disertación con el jefe de una familia rural catalana, es lo que hay que ver muchas veces para aquilatar hasta qué punto ese sentido jurídico está aquí arraigado.

De la tradición, quiero referirme a la tradición social, a la conservación de usos y prácticas en todos los órdenes de la vida, sería largo de contar lo que por otra parte está a la vista de todo el mundo; y cuando este sentir se aplica al ejercicio del derecho da un doble resultado: en primer lugar la costumbre como fuente de derecho, y en segundo lugar el respeto a la forma legal escrita, cuando ésta existe, como algo

---

(1) Escribió Letamendi esta frase gallarda: El catalán vive por el derecho; los anales de Cataluña son la historia en compendio. dijo. de las instituciones liberales y cuando en el mundo la libertad se perdiere, de nuestros campos brotarían *Usatges.» Ensayos de fisiología provincial.* Revista de Cataluña, Barcelona 1862, tomo I, pág. 49.

intangible y una especie de veneración al título del acto jurídico establecido: documento, escritura, etc.; de aquí la conservación exagerada de todas las leyes, no declaradas jamás derogadas, sino inútiles o superfluas (1), como sucede en Inglaterra, y el cuidado y conservación de los títulos legales formando copiosísimos archivos públicos y sobre todo particulares, cuya abundancia y antigüedad, me decía un ilustre amigo y escritor jurista, no los encontró en parte alguna y es esta opinión que oí también afirmar a historiadores extranjeros.

La literatura jurídica, además, como veremos más adelante, es otra prueba de ese apego a la costumbre en Cataluña, pues ella se forma de grandes y solemnes tratados de resoluciones prácticas, sentencias y usajes.

Son precedentes y causas todos estos que dan la justificación de una vida de derecho intensísima, y explícanse así, por esta vida, la consideración e importancia del notariado, encargado del depósito jurídico popular (2).

---

(1) Ocupan éstas todo el tercer volumen del Código de las Constituciones y Usajes.

(2) J. D. Trías. *Conferencias de derecho Civil catalán*. Barcelona, 1899, pág. 28 Falguera. *Conferencias de derecho catalán*. Barcelona, 1889, pág. 10.

II

El elemento celto-galo o germánico primitivo

I. *El deseo perjudicial de explicarlo todo por el derecho romano.—Parentesco evidente entre el derecho antiguo francés y el catalán.*

II *Si este parentesco provino del establecimiento del feudalismo franco en Cataluña.—Semejanza de las instituciones feudales catalanas con las inglesas y por qué causa.—El imperio céltico. Su existencia en el siglo IV a. de J. C.*

III *El feudalismo español es anterior a Carlomagno; es una* juris continuatio *del de los iberos. Pruebas de ello.*

IV *La invasión germánica a la caída del imperio romano renovó por coincidencia y adaptación la sociedad feudal primitiva. Situación de ésta durante los siglos VI, VII y VIII.—Cuadro general del derecho en esta época.*

V *Demostración del elemento céltico persistente en Cataluña por medio del* examen del Código de Usajes de Barcelona.—*Derecho penal y procedimientos anteriores a los Usajes. Las* ordalias. *El juramento. El poder de los tres elementos: cielos, tierra y agua, según la superstición céltica. La prueba del agua fría. Supersticiones. La prueba del agua fría por infantes* (juditium Dei per albatum). *El juicio de agua caliente. Su uso en los países célticos de España; San Juan de la Peña, León, Salamanca, Oviedo y Avilés, y en los Usajes. El juicio por batalla, ya singular, ya entre varios según los Usajes. Tradiciones españolas sobre esto: el desafío de Corbis y Osua en presencia de Escipión en Cartagena.—El derecho de venganza, rastro que queda en los Usajes. La cartapuebla de Figueras y las costumbres de los condados de Ampurias, Peralada y Besalú estableciendo el derecho de venganza. Abolición de este derecho por las Cortes de Barcelona de* 1502.—*Las instituciones de la paz y tregua, del* sometent *y* la del juhí de prohomens.

VI *La propiedad comunal de los pueblos pirenaicos y su origen céltico, La comunidad de familia unida a la propiedad inalienable.—Restos de la organización familiar céltica. El casamiento en casa de Aragón, la compañía Gallega.—El* mas *catalán y el trabajo a utilidad de la casa. Unidad del poder* del hereu.*—La masculinidad de los fideicomisos catalanes.*

VII *Los heredamientos o sucesión contractual.*

VIII *El pacto de sobrevivencia; su origen galo. Testimonio de César. El* tantundem *de la diócesis de Gerona y la asociación de lucros y aumentos.*

IX *La asociación de compras y mejoras del Campo de Tarragona, el* agermanament *de Tortosa, la* convinença *del valle de Arán.*

X *El* escreix, *dote del novio a la novia. El* morgen gabe *de los germanos. Alteraciones con que desfiguró esta institución el derecho romano. El aumento de dote.*

XI *El* aixovar *catalán es el* gober *céltico.*

XII *El casamiento como medio de emancipación.—El casamiento por pacto ante los lares domésticos.—Vida común después de otorgados los capítulos y antes del matrimonio. Costumbres de los longobardos de los búlgaros y de los catalanes. Penas establecidas contra esta costumbre por los concilios de Tarragona y las sinodales de Gerona.*

XIII *El derecho de propiedad.—El alodio germánico.—Especialidades del* establiment *o* enfiteusis *catalán.*

XIV *Las servidumbres de* atans, *la medianería forzosa, no son del derecho romano.*

XV *La organización no romana de la propiedad en Cataluña.*

I. Una fácil erudición que explicaba el origen de nuestras instituciones jurídicas, sobre todo las civiles, por medio del derecho romano, ha ofuscado la verdad, para mí incuestionable, del carácter celtogalo y germánico antiguo de muchas de ellas.

Al que dijere lo contrario o encontrase ser nueva, o excesiva tal afirmación, le invito a considerar lo que se expone a continuación en este capítulo, donde se verá las grandes ruinas y recuerdos que todavía se levantan sobre el suelo y fundamento de nuestro derecho civil, mezclándose con los elementos primitivos venidos del Mediterráneo, estos renovados más tarde por el derecho romano.

El derecho antiguo francés, quiero decir el anterior al código Napoleón, ofrece tantas semejanzas de parentesco con el catalán, que ya hubo de sorpenderme, hace algunos años, que ciertos problemas de la práctica nuestra diaria se encontraban claramente resueltos en los comentaristas de las antiguas instituciones y *coutumes* francesas (1).

II. Ocurre pensar si todas estas cosas las explica el establecimiento del feudalismo por los emperadores franceses en Cataluña; pero se hallan datos y noticias bastantes, de los cuales se deduce que los francos no fundaron aquí el feudalismo cuando la conquista de los países catalanes por Carlomagno y sus sucesores, por lo menos como una novedad que implantasen, y en consecuencia hay que admitir que el parentesco entre las instituciones catalanas y francesas procede de más remoto origen. Bastará, para convencerse de ello, leer las notables obras de Coroleu e Hinojosa (2) acerca del feudalismo catalán y descubrir que tiene éste rasgos fisionómicos que coincidían con los del feudalismo inglés y en cambio eran desconocidos en el franco; dichos autores no se detuvieron en comparaciones ni se adelantaron a explicar la causa de este hecho, pero él prueba desde luego que la organización feudal no debieron traerla por vez primera e implantarla los francos, sino pueblos más antiguos; y como quiera, además, que los principales y más genuinos factores de las instituciones célticas se conservaron más puras en la gran Bretaña, al punto que los estudios célticos se nutren de la observación y comentario de las leyes y costumbres de Irlanda, país de Gales y Escocia, se habrá de convenir en que el abolengo de la organización feudal catalana se remonta a la época del gran imperio de los celtas o primera invasión de los pueblos germánicos. Tal invasión, como gran marea cubrió todo el Occidente de Europa, de modo que el imperio céltico abarcó entonces (siglo IV a. de J. C.) del Océano Atlántico al mar Negro, del mar del Norte al

(1) Puede verse a este propósito, entre muchas otras, las obras de los jurisconsultos Pape de Grenoble, Ferron y Boer de Burdeos, Guillermo Benedicto y Pedro Gregorio de Tolosa, Rebufo de Montpeller, y aun las de Merlín y Pothier.

(2) COROLEU. *El feudalismo y la servidumbre de la gleva en Cataluña*; Gerona, 1878. *El código de los usajes de Barcelona*; Barcelona, 1890.—HINOJOSA. *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*. Madrid, 1905.

Adriático y de las islas Británicas hasta cerca del estrecho de Gibraltar (1).

III. De esta intuición de buscar la organización del feudalismo más allá de Carlomagno y los francos participaba Costa cuando escribía: «El feudalismo español de la Edad Media es como una *juris continuatio* del de los iberos y no como una creación original, ni una importación exótica. El imperio no pasó su rasero nivelador por la Península: no destruyó la vida local ni las instituciones nacionales de los iberos; la servidumbre adscripticia subsistió después de la conquista, en iguales condiciones que antes quedaran las milicias locales de ciudad y provincia, y salváronse los antiguos feudos territoriales, verdaderos estados con millares de siervos, súbditos inmediatos del príncipe o noble que los adquiría por herencia. Entre aquellos señores, δυνατοί, que en el siglo III a. J. C. reúnen sus mesnadas en Elche, coaligados con algunos régulos para derrotar a Asdrúbal (*Apiano*, lib. VI, cap. 5) o aquel Alucio que pocos años después pone a servicio de Escipión el Africano 500 soldados alistados entre sus clientes (Tito Livio, lib. 26, cap. 50) y los nobles de Cauca, Didymo y Veriniano, que en las postrimerías del imperio hacen una leva entre los siervos de sus heredades, suficiente para contener durante muchos años la irrupción de los bárbaros en el Pirineo; o la mujer de Theudis, que ofrece a éste una guardia de 2.000 hombres, enganchados entre los colonos y clientes de sus vastísimas posesiones, con que ganó la corona visigoda, no existe solución de continuidad» (2).

Otro linaje de pruebas, y éstas no buscadas en libros ni referencias, sino descubiertas en las excavaciones y ruinas de los antiguos *castros* de las tribus, demuestran que el feudalismo medioeval se basó en el feudalismo iberocelta, pues se se encuentra, revolviendo los antiguos solares, que el castillo feudal se construyó durante los siglos IX, X XI sobre cimientos y ruinas de las rudas murallas de los *castros* primitivos,

---

(1) D'Arbois de Jubainville, *Introduction à l'étude de la literature celtique* siguiendo los textos de Herodoto, Denis, Teopompo, etc., etc.

(2) Costa. *Estudios ibéricos*. Madrid, 1891-1895, p. 41. Véase además Altamira, *Historia de la propiedad comunal*. Madrid, 1890, pág. 169 a 176.

centro y refugio de las instituciones tradicionales. Así sucede que en el derecho feudal catalán, en la compilación de las costumbres feudales, brotan a la luz las más genuinas instituciones del derecho civil: los heredamientos, los parafernales, los aixovar, los dotes y las sucesiones fidecomisarias y la organización especial de la propiedad catalana.

IV. A primera vista ha de parecer excesivo llevar a tales extremos esta persistencia del derecho y organización de las tribus indígenas, sobre las cuales pasaron tantas dominaciones de griegos, cartagineses y sobre todo de romanos; mas si se considera que esta última (que fué la verdaderamente efectiva durante siglos) respetó las costumbres civiles (el *usus provinciale*) de los pueblos (1), y si se tiene en cuenta además que la invasión de los pueblos germanos renovó por coincidencia y adaptación el tipo anterromano, tipo primitivo celta y germánico, resultará explicable que igual renovación se operase en la época feudal, con lo cual se fortificó y remozó el carácter de las viejas instituciones y así perduró el derecho civil de las primeras civilizaciones (2).

Parece además que los germanos no tuvieron idea de una legislación territorial porque no conocían la propiedad territorial individual, ni como base del estado político (3), y sus conquistas eran conquistas de habitantes y no de un territorio, y así se ha dicho que los grupos étnicos continuaron como organismos vivos regidos por sus leyes propias. Por lo menos tal era la situación durante los siglos VI al VIII (4).

---

(1) Código de Justiniano, VIII, 53: Código de Teodosio, V, 22, Digesto, *De legibus*, 1-3.

(2) «Los germanos representan en España un retroceso hacia el tipo primitivo ibero-celta, a cuyas costumbres se parecen, en muchos puntos esenciales, las de aquéllos. Así reaccionan contra el individualismo romano, destructor de la cohesión familiar primitiva con su gran respeto a los lazos de la sangre y la estrecha solidaridad que mantienen entre toda la parentela (*sippe*)... Igualmente reaccionan contra el tipo de vida urbano de la época romana, volviendo en mucha parte a la vida rural, socialmente más propicio que el de las ciudades o agrupaciones urbanas al mantenimiento de las costumbres tradicionales.» ALTAMIRA, *Cuestiones de historia del derecho*, Madrid, 1914, pág. 97 y 98.

(3) D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. *Recherches sur l'origine de la propiété foncière en France. París*, 1890.

(4) FLACH. *Le droit romain dans les chartes du IX au XI siècle.* Importante estudio que forma parte de la obra *Mélanges Fitting*. Montpeller 1907 pág. 386. —PERTILE. *Storia del diritto italiano*. Roma. 1896, tomo 3.º

Acerca del vasallaje primitivo en la sociedad céltica, véase D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. *Etudes sur le droit celtique. Le Senchus Mor*, París, 1881, pág. 64 y 65.

La renovación, o mejor renacimiento, que en los albores de la Edad Media se operó en las instituciones sociales, eliminando de su naturaleza los elementos romanos y romano-visigóticos, la ha descrito con toda precisión un autor contemporáneo (1) cuando dijo: «Al régimen familiar romano y el de los bienes, se impuso el *mundium* y el vasallaje, y la solidaridad y la copropiedad troncal o de los antepasados; de la patria potestad romana se pasó al poder del jefe del linaje o del señor feudal; las legítimas y las restricciones a la libertad de testar decayeron ante el desarrollo de la *copropiedad familiar*; los mismos testamentos romanos perdieron su importancia, prevaleciendo la *sucesión contractual;* en fin la dote romana reemplazáronla el esponsalicio y el don de la mañana (*mergingive, dotalitium*).»

V. En sus líneas generales esta es la fisonomía del derecho catalán en los siglos XI, XII y XIII durante el apogeo de la vida feudal y antes del renacimiento del derecho romano. Esto se verá haciendo un ligero examen de las leyes catalanas, que en aquellos momentos se elaboraron en forma de colecciones de Usajes, especialmente los del condado de Barcelona extendidos más tarde a todo el Principado (2).

»Antes que los usajes fuesen publicados (dice el primero de »ellos) acostumbraban los jueces *que todos los delitos fuesen »enmendados*, si no podían excusarse *por juramento*, o *por batalla*, o *por agua fría o caliente*, diciendo: —Yo juro que este »mal que te hice fué en tal guisa, que usaba de mi derecho y »fué por tu culpa, por lo que no debo dar enmienda, y por »Dios Jesús y por estos santos cuatro evangelios estaré de ello »en combate o a uno de dichos juicios de agua fría o caliente.— »Sin embargo, los delitos de homicidio y adulterio no pueden »excusarse (con dichas pruebas), sino que deben seguir las »leyes y costumbres y ser juzgados, *enmendados o vindicados* (3).»

Cours de littérature celtique, tomo VII: *Etudes sur le droit celtique*, tomo I. París, 1895, pág. 105 a 130.

(1) FLACH, obra citada, pág. 418 y 419.

(2) Hoy disponemos de los textos de los usajes reunidos y depurados gracias a la publicación de la obra *Textes de dret català, col·lecció publicada baix el patronat de la Excma. Diputació Provincial de Barcelona. Usatges de Barcelona editats amb una introducció*, por R. d'Abadal y Vinyals y F. Valls. Barcelona, 1913.

(3) Usajes *Antequam usatici* y *Homicidium*.

Vivía, pues, en el derecho penal anterior a los usajes, y aun durante éstos, el procedimiento de las llamadas *ordalias*, que ni es romano, ni godo, pues la única ley del Fuero Juzgo que habla de la prueba del agua caliente se ha considerado apócrifa (1). Era el tal procedimiento germánico antiguo o sea céltico, renovado por francos y longobardos.

A propósito de *ordalias*, alguien ha escrito (2) que tres poderes eran entre los celtas el terror de la humanidad: el poder de los cielos, el de la tierra, y el poder del agua: y así se recuerdan, en cuanto al juramento, fórmulas que se encuentran en la Biblia, como resto de una antiquísima tradición tomada por los hebreos; y se refiere además que unos embajadores celtas al concertar con Alejandro Magno un tratado, lo confirmaron con estas palabras sacramentales: «Si faltamos algún día a nuestros compromisos, que el cielo cayendo sobre nosotros nos aplaste; que la tierra abriéndose nos engulla; y que la mar desbordada nos sumerja.» Es el juramento también de los griegos antiguos, según aparece en la Ilíada.

De la creencia en el poder mágico del agua se formaron los juicios del agua fría y del agua caliente.

Los viejos comentaristas catalanes se vieron en apuros para explicar todo esto. Marquilles (3), el más notable de ellos, nutrido con la erudición propia de su época, recuerda el agua que después de los exorcismos y maldiciones del sacerdote hacían beber los hebreos a la mujer acusada de adulterio. Es la misma idea de la prueba del agua para acreditar la fidelidad; así, los celtas colocaban en un escudo al niño recién nacido, cuando sospechaban fuese ilegítimo, y lo dejaban a merced de la coriente del Rhin, para que flotando probase si era legítimo o se hundiese si no lo era (4).

Interpretábase esta prueba en opuesto sentido por los polacos, los indios y aun los francos, es decir, que se conside-

---

(1) Martínez Marina. *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de León y Castilla*. Madrid. 1865, pág. 248.

(2) D'Arbois de Jubainville. *Cours de littérature celtique. Etudes sur le droit celtique*. París, 1895, tomo VII, pág. 16.

(3) Marquilles. *Super Usaticiis Barchinone* Edición gótica de Juan Luschner, alemán. Barcelona, 1505, fol. 3.

(4) D'Arbois de Jubainville, ob. cit. I, págs. 28-30.

raba inocente aquel a quien el agua recibía, y culpable al que flotaba o era rechazado por el agua. Esta última interpretación se seguía en Cataluña. Se cita entre otros casos del juicio de Dios por agua fría o por infantes (*Judicium Dei per albatum*). Es curioso que los litigantes comparecieron (año 1037) en la asamblea de próceres presidida por la condesa Ermesindis y su nieto Ramón Berenguer I de Barcelona, rodeándoles gran multitud de gentes: fué el caso que el demandado no quiso aceptar el procedimiento del Fuero Juzgo, o sea fallar los jueces sin tales pruebas, sino que se empeñó en ellas y que se desenterraran los cadáveres de dos párvulos, y, puestos en un recipiente con agua, aquel cuyo párvulo fuese a fondo, o el agua lo recibiese, se consideraría le asistía el derecho (1).

Usóse de la prueba del agua caliente *per examinationem caldariæ* en un juicio, durante el año 987, sobre ocultación de un testamento; el que negaba que lo hubiese ocultado se sujetó a la horrible prueba ante el obispo Gomar y el abad de San Cugat del Vallés, juez y testigos.

Otra prueba de estas vióse en el Ampurdán, año 1080, celebrada en la iglesia de Vilajuiga para descubrir el delito de hurto de que fué víctima el abad de San Pedro de Roda por sus propios vasallos (caso calificado de traición), en ocasión que se alojó y pernoctó en su pueblo de Llansá (2).

Algunas veces, fué intentada esta prueba y transigido el asunto por el espanto que ella producía y el miedo consiguiente (3).

Ya se sabe que era común la prueba del agua caliente en los países más célticos de España: le dió, por ejemplo, cabida el fuero de San Juan de la Peña; las cortes de León, año de 1020, la autorizaron. Existía en Salamanca la prueba del hierro candente, y se menciona así bien en los fueros de Oviedo y Avilés (4).

Los usajes la admitían en los siguientes casos: en los de sospecha de adulterio de las mujeres de los rústicos (Usaje

---

(1) Balari. *Orígenes históricos de Cataluña*. Barcelona, 1899, pág. 384.
(2) Mi *Historia del Ampurdán*, pág. 429.
(3) Balari. Obra cit., pág. 381 y 383.
(4) Martínez Marina. *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de León y Castilla*. Madrid, 1845, pág. 258.

Mariti uxores), en las cuestiones de los bailíos, los bailes a sus señores (usaje *De bajuliis*) y para sostener ciertas denuncias (usaje *Vere judex*). En el primer caso, si la mujer era noble se resolvía por batalla o duelo judicial la sospecha de adulterio (1).

Estas pugnas o batallas judiciales, otro de los más conocidos procedimientos célticos o germánicos antiguos, se efectuaban previo un contrato (usaje *Batalia judicata*) como en el derecho céltico irlandés y mediante la prestación de unas fianzas (2), cuya cuantía determina el usaje. Así se explica que estuviese el desafío judicial en pleno vigor en Cataluña entre los nobles (*militis*) según curiosos formularios que publica Marquilles, en el siglo XIV y acaso más tarde (3). Es inútil recordar que, en casos de honor, esta aborrecible costumbre de fallar mediante un desafío todavía se tolera en nuestros tiempos, y que en los conflictos de derecho internacional se desafían las naciones.

Y cuenta que los usajes (usaje *Similiter sit*) no sólo admitían y regulaban el combate o batalla judicial singular, sino también el de varios fieles o allegados de una y otra parte, como sucedió en uno de los casos que cita Marquilles en que contendieron dos grupos, en forma que algo recuerda el combate de los horacios y curiacios en los albores de la historia de los romanos, antes que como pueblo se trasformaran con la civilización etrusca o mediterránea. Por cierto que después les pareció a los romanos

---

(1) Era germánica la costumbre de castigar el adulterio con la pena de correr desnuda la mujer, que figura en las costumbres de Perpiñán, condados de Peralada, Ampurias y Lérida.

(2) D'Arbois de Jubainville, *ob cit.* I, cap. IV.

(3) Marquilles, *Super Usaticis Barcinone*, comentario al usaje ***batalia***, cita un folleto de su tiempo *De bataya Cathalonie*, en el cual se regulaba esta prueba y explica un caso ocurrido en el año 1302, en que según este usaje en Barcelona lucharon cuatro hermanos en nombre de doña Guillerma de Moncada contra R. de Cardona, Geraldo de Bellvís y Bernardo Senesteva. Publica luego las fórmulas de otro desafío efectuado en 1317, a saber: el reto, la fianza, el juramento, etc. En Francia, por lo visto, en los raros y curiosos formularios que publicó Pedro Jacobo de Aureliac, doctor de la Universidad de Montpeller, *Solemnis et practicabilis tractatus libellorum*, Lyón, 1510, la práctica del duelo judicial en el siglo XVI se seguía aún con mayor extensión que en Cataluña. Por una ordenanza de Felipe el Hermoso en 1306 se redujo la práctica del duelo judicial a los casos de imputación de delito que se castigara con pena capital, cuando el crimen fuese oculto y no se probase por testigos u otras pruebas, existiendo sin embargo indicios. Comenta extensamente este procedimiento por duelo *Guido* Pape, *Decisiones*, Lyon, 1511, cuestión 617 y siguientes.

estupendo que de este modo se fallasen los litigios, y así refiere Tito Livio hubo de admirarse Cornelio Escipión, hallándose en Cartagena, que en un combate de gladiadores a propósito de unas grandes fiestas, se efectuó el duelo judicial de un cierto Corbis contra un tal Orsua, su pariente, los cuales se disputaban la sucesión al principado de la ciudad de Ibes; y aunque parece intentó conciliarles Escipión, ellos replicaron que ya lo habían intentado sus parientes, y no reconocían en aquel caso por juez entre los hombres y los dioses sino a Marte (1). El duelo judicial que se menciona en algunos fueros de la región celtibérica, sobre todo en el de Teruel (2), era común a los más de los pueblos indoeuropeos; sólo Roma, y antes que ella Egipto, establecieron la noción de la justicia en manos del Estado y administrada por tribunales, separándola de la vindicta o venganza particular, única coerción social cuando no se había establecido la vindicta o venganza o castigo público. ¡La *faida* o derecho de venganza! ¡Qué horizontes más lejanos se descubren analizando desde este punto de vista los Usajes! Si ésta era la atmósfera en que vivía el derecho público, ¿cómo no admitir las mismas tradiciones en el privado? El usaje *Siquis de homicidio* ordena que el homicida caiga en mano de los parientes más próximos del difunto o su señor, si no quiere o no puede estar a derecho, puedan hacer con él lo que quieran menos matarle; otro tanto el usaje *Si aliquis malum* dispone que si alguno recibe daño y antes que se vengue pide justicia, no es responsable del mal que hizo al delincuente, si éste no quiere enmendar el delito cometido; y el usaje *Si quis homines* contiene un precepto parecido, y por fin el usaje que le sigue *Si quis contra alium*, autoriza la tala de mieses, árboles y casas del que citado para estar a derecho

---

(1) Tito Livio, lib. 28, cap. 21: «Nagatum id ambo dicere communibus cognatis, nec alium deorum hominumve, quam Martem, se judicem habituros esse.» Ibes o Ibem acaso sea Ibi, villa de la provincia de Alicante, en opinión de Cortes y López, *Diccionario de la España antigua*. Madrid, 1836, tomo 3, pág. 62.

(2) El fuero de Teruel resulta, por la edición publicada por Aznar, *Colección de documentos para el estudio de la historia de Aragón*, Zaragoza, 1905, de los más curiosos en este particular del duelo judicial, pues ordenaba que el duelo se efectuase en viernes y no en sábado, debiendo aquella noche velar las armas; expresa la forma del juramento antes del duelo; la división del campo y del sol; los combates a caballo y a pie; las composiciones, etc. Es una supervivencia curiosísima de la institución del duelo judicial en la Celtiberia, a cuya región Teruel pertenecía.

no compareciese, no atendiendo al temor de Dios, al mandato del juez ni a la amonestación de sus amigos y parientes.

Los pueblos franceses, como los irlandeses y los catalanes, sostenían en defecto del poder del Estado la garantía de la venganza privada, al punto que era general en el norte de Cataluña. Al conceder Jaime I la carta puebla de Figueras (año de 1257) hubo de reconocer la *faida* o institución de la venganza, que además la tenían en sus códigos de costumbres los hombres de todos los condados circunvecinos: Ampurias, de Peralada y de Besalú (1).

Cuando con el desenvolvimiento del poder tutelar de la Potestad o sea de los condes de Barcelona (2), y la presión del clero, apoyado en las leyes godas y canónicas, cayó la institución de la venganza y asimismo la guerra privada, todavía como tradición célticogermánica siguió latente por larguísimo tiempo, hasta que las cortes de Barcelona de 1502 hubieron de proscribirla en absoluto, llamándola la *malvada consuetut* del derecho de venganza (3).

Muy al contrario de esta barbarie, la legislación visigoda, por ser trasunto de la romana, tendía, conforme explican Dahn, Brunner y Gierke citados por Hinojosa (4), a suprimir la venganza privada, ya que condenaba a muerte al asesino y entregaba el ofensor del honor a la parte ofendida, *traditio in potestatem;* sin embargo, y esto es una prueba para más adelante de su poca influencia, que después de la invasión árabe y caída del imperio visigótico surgió de nuevo el derecho primitivo de la venganza en los fueros de los países más célticos de España: norte de Castilla, León, Aragón, Navarra y Galicia, como cosa viviente y no borrada de las tradiciones jurídicas populares (5).

---

(1) Mi *Historia del Ampurdán*, págs. 573, 574 y 575.—MONSALVATJE. *Noticias Históricas*, Olot, 1891, tomo 3.º, pág. 205. *Colección de documentos inéditos del archivo de la corona de Aragón*, tomo 8, pág. 124.

(2) Recuérdese la competencia entre el conde de Ampurias, que quiso fallar por batalla un pleito con la condesa Ermesindis, la cual, apoyada por el obispo de Gerona, quería fuese según las leyes godas. *Marca hispánica*, ap. 181, *Historia del Ampurdán*, pág. 450.

(3) CONST. DE CATALUNYA, lib. IX, tit. XIV: *Quan sie licit ó no a quiscú venjarse sens jutge.*

(4) HINOJOSA. *El elemento germánico en el derecho español*, cap. *La venganza de la sangre.* Centro de estudios históricos Madrid, 1915, pág. 31.

(5) Los escitas (rusos) conocieron el derecho de venganza también por su origen indoeuropeo; también los helenos (atenienses), pero limitado hasta el

No se pregunte si todo este sistema jurídico bárbaro era pura anarquía, pero estamos tan lejos nosotros, adoctrinados por el derecho romano, que todas estas instituciones nos parecen inverosímiles, mas las citamos para que resplandezca el origen célticogermánico de las instituciones de derecho civil de Cataluña, si tales eran las de derecho público. Ahora debemos hacer notar como existían otras instituciones que servían de complemento o contrapeso para que la sociedad no fuese un caos; tales eran entre otras la paz y tregua, el sometent, etc. La institución de la paz y tregua en Cataluña, Francia, Italia y Alemania fué estudiada, dándole como institución jurídica y de orden social toda la grandísima importancia que revestía (1).

Era doble esta institución de la paz y tregua: una de origen eclesiástico, la *paz del señor*, y otra de orden público civil; esta última fué regulada por el derecho feudal (*De pace tenenda*, lib. II, tít. 27, *Consuetudines feudorum*) y la primera por el derecho canónico. (Extravagantes: el papa Inocencio en Claramonte.) Tiene por fin su regulación en el derecho propio catalán en el libro X, tít. XI de las Constituciones de Cataluña. La Iglesia estableció ciertas temporadas en las cuales era prohibida la guerra privada, bajo severas penas, y los legisladores civiles pusieron bajo paz y tregua lo que equivale a garantía de seguriridad y orden absolutos, los caminos, las iglesias, las casas de labranza, la agricultura y la industria en general; las mismas guerras de nación a nación suspendían por mandato del príncipe las guerras particulares. En cuanto al derecho nuestro, un *Directorium Pacis et Tregue* escribió, extenso y substancioso, el eximio jurisconsulto Jaime Callís, en tiempo del rey don Martín, y publicada en edición gótica incunable pueden verse los alcances, la eficacia y fuerza de orden social que el proceso de paz y tregua (no romano ni ibérico, sino céltico germánico) imponía (2).

---

grado de primos hermanos.—DARESTE. *Etudes d'histoire du droit.* Paris, 1889, pág. 213.

(1) HUBERTI. *Studien zur Rechtsgeschichte der Gottesfrieden und Landfrieden.* Ausbach, 1892.

(2) Entiende Callís que la paz y tregua procedía del derecho natural y fué establecida por la ley mosaica y por la ley de gracia en el nuevo testamento;

Casi otro tanto diré de la institución del *sometent*. Ambas instituciones se completaron: por la primera, o sea la paz y tregua, se formaba un proceso para la captura de delincuentes a quienes se echaba por medio de pregones de la paz, y se les perseguía por los hombres de las veguerías convocados por el veguer. A estos se encargaba acudieran armados y los nobles a caballo; y además con provisiones para ocho días (*pa cuyt per vuyt dies*) cuando se tratara de expugnar alguna fortaleza donde los delincuentes se hubieran refugiado. En cambio, el sometent se levantaba como ejército, en virtud del usaje *Princeps namque*, o bien por proceso judicial, llamado *sacramental*, por delitos y alborotos momentáneos, a son de campana, *so metent* (*metiendo sonido*), que esta es la etimología del nombre «sometent». De esta manera todos los ciudadanos imponían la paz. También ejecutaban justicia de hecho como de derecho en el *juhí de prohomens*, tradición de los mallos o placitos judiciales, asambleas que encontramos mencionadas en los documentos de los primeros tiempos de la reconquista, siglos IX y X, en el norte de Cataluña, de las cuales es una reminiscencia el actual juicio oral por jurados (1).

VI. A tanta y tan importante demostración de la influencia celtogala o germánica antigua nos conduce el análisis de los Usajes. Pero pasemos a otro orden de instituciones que en la vida y realidad presentes perduran todavía aún en los rincones montañosos, donde van a refugiarse con las razas

---

además, por el derecho romano, en los libros 9 y 10 del Digesto y en el 9 del Código; finalmente, también por el derecho feudal y el canónico. Define la paz y tregua «una seguridad de todas las personas y cosas existentes en el Principado de Cataluña que no vengan excluídas en las constituciones de paz y tregua dadas por los príncipes de Cataluña»; existiendo dos clases de paz y tregua, primera la del señor en determinadas fiestas, ésta como precepto de la Iglesia, y la segunda la civil, o sea para todos los días del año, establecida por los Príncipes de Cataluña. Véase dicho *Solemnissimi aureique tractatus Excellentissimus utriusque juris doctoris et equitis domini jacobi de calicio videlicet de pace et treuga et de sono emisso*, Edición gótica sin fecha de impresión, fol. 2, 3 y 4.—Véase acerca la semejanza de esta institución con la de la *pérdida de la paz* en Castilla y Navarra, HINOJOSA, *El elemento germánico en el derecho español*, cap. III.

(1) El sometent, según Callís, aparece en el derecho feudal. Efectivamente, en el Libro de los feudos, lib. 2, tít 27, *De pace tenenda et eius violatoribus*, cap. 2, «Si judex populi clamore aliquem pacem violatorem... judex cum populo eum tamquam pacis violato rem persequi non desistat.» El sometent era a ocasiones, en virtud del famoso usaje *Princeps namque* ejército dispuesto para socorrer al príncipe sitiado o en grave apuro y en caso de invasiones extranjeras según van llenas de ejemplos las historias de Cataluña, y de ello tratamos con don José Coroleu en nuestra obra *Lo sometent: noticias históricas y urídicas de sa organisació*. Barcelona, 1877.

vencidas y las ideas caducas, no pocas instituciones sociales que proceden de aquellas lejanas edades. ¿Qué es la propiedad comunal de los pueblos pirenaicos? Todo el territorio era común, menos la casa y el huerto; se echaban hasta ahora suertes, yo lo he visto, para repartir la tierra, como entre los celtas hispanos dice Estrabón que sucedía; todavía hoy arreglan el reparto los ingenieros de montes. ¿Qué son los *emprius*, el derecho de roturación en terreno del común de vecinos, sino la vieja propiedad del clan o de la tribu? Propiedad y organización comunal milenaria que pasó por todas las conquistas de romanos, godos y árabes; confirmada por los emperadores francos, apenas hubieron entrado en la reconquista de Cataluña; reconocida también por las primeras cortes catalanas: sólo por la desorientación general de nuestros legisladores contemporáneos se ve hoy confusa y aniquilada.

El clan, la tribu, hoy la comunidad de vecinos, o sea la reunión de casas y familias entre las cuales se reparte el territorio, es el sistema de los celtíberos de España, el de los irlandeses, el de los galos cuando la conquista de César.

Si de la propiedad comunal del clan o tribu pasamos a la familiar, entraremos ya en el derecho civil, dejando el derecho público, que es lo que corresponde más directamente a los fines de esta obra. ¿Qué encontraremos? «La población se dividía—dice Laboulaye—en tribus o clanes, y cuando éstos eran numerosos se subsividían en grupos unidos por la sangre común, de manera que la unidad fundamental y constitutiva de la sociedad no era el individuo, sino la familia. *La comunidad de familia es una persona jurídica que goza de una existencia perpetua y posee la propiedad como pudiera hacerlo una manomuerta...*» El clan, *sept*, de la época de las leyes de los Brehones, es, dice el texto, «una persona que se basta ella misma», se perpetúa principalmente por la posesión de la tierra, que «es una persona perpetua». He aquí la propiedad comunal de los pueblos, tan importante en España y tan mal comprendida (1).

---

(1) *De la propriété et de ses formes primitives*. París 1891 pág. 287 y siguientes siguiendo las obras *Ancient laws of Ireland*, y MAINE, *Lectures on the early History of institutions*. ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890. MURGUÍA, *Estudios sobre la propiedad territorial de Galicia*, *El Foro*, Madrid, 1882.

La comunidad de familia, gozando de una existencia perpetua unida a una propiedad inalienable, se insinuó, como se verá en otro capítulo, por impulso de la primitiva civilización mediterránea egipcia, etrusca, sarda y griega; pero se moldeó de un modo que le dió fisonomía propia, por la raza céltica.

Su tipo está en el alto Aragón. Fuera de España, en varios pueblos de los Balkanes y de Rusia. He aquí el cuadro que de ella presentó Costa, quien, como hijo del Aragón pirenaico, vivió la vida de estas viejas instituciones.

«Constituye cada familia una verdadera asociación, regida por el padre o por uno de los hermanos, o por un pariente o extraño adoptado por ella. El patrimonio es indivisible. No se abre nunca juicio de abintestato. Cuando el jefe ha envejecido, designa un sucesor entre sus hijos; y si no los tiene, los adopta. Cuando fallece sin haber designado heredero, lo hacen por él sus parientes, reunidos en consejo de familia. El criterio de la elección es doble: moral y económico; se elige a aquel que parece más apto para sostener el peso de la administración y el gobierno de la comunidad, y al que por sus buenas cualidades se ha hecho más acreedor a esa distinción. *Generalmente es el primogénito.* Los demás hermanos le obedecen y respetan. Tienen derecho a ser sustentados en la casa, *con tal que trabajen en beneficio de ésta cuanto puedan.* Los que nunca salen de ella, manteniéndose célibes toda la vida, son designados con el apelativo de *tiones.* Si van a trabajar de temporada fuera del pueblo, sea como peones, jornaleros o sirvientes, conservan el derecho de volver a la casa paterna en iguales condiciones que antes, salvo si se hubieren establecido definitivamente. Mientras permanecen en ella, suelen formarse un peculio, llamado *cabal* (cabdal, caudal, de donde el sobrenombre de cabaleros que se les aplica en este respecto), sobre la base de una corta cantidad en metálico, o de un pequeño número de ovejas que se les confía cuando llegan a cierta edad. Si se establecen fuera de la casa reciben dote o legítima, que se calcula por los productos y mobiliario de aquélla sin tocar a los bienes raíces (al haber y poder de la casa); recibida esa legítima, pierden todo derecho a recibir cosa alguna más, y, por el contrario, su valor se asegura con hipoteca sobre

inmuebles de la casa a donde el hijo o hijos van a establecerse, para que vuelva al tronco de donde procede en caso de fallecer sin hijos y sin haber especial disposición en favor de otros (fuero de troncalidad). Para evitar esas desmembraciones unas veces, otras porque escasean los brazos, y otras, finalmente, porque el hijo mayor a quien se ha confiado la jefatura no tiene sucesión y la familia está en peligro de extinguirse, contraen matrimonio en la casa paterna uno o más hijos o hijas con los mismos derechos que el primero salvo la jefatura. Dase a éste el nombre de *casamiento sobre bienes* y a ellos *acogidos* y también *adoptados*. Cuando los acogentes carecen de hijos o de hermanos, acogen y casan sobre sus bienes a sobrinos o primos y aun a extraños. Juntos todos, los padres ancianos a quienes compete por reserva la jefatura honoraria (el ser señores mayores), el hijo instituído por aquéllos heredero y sucesor suyo y a quien corresponde en consecuencia el gobierno activo de la comunidad, y los acogidos (sean deudos o extraños) constituyen el poder legislativo. Toda resolución de importancia ha de ser acordada de mancomún. Las enajenaciones de raíces son nulas si no las consienten todos los asociados y sus respectivas mujeres. Los hijos de éstos se hallan colocados todos en igual línea por lo tocante a educación, mantenimiento y dote o legítimas, sin más prerrogativa por parte de los hijos del jefe que la de ser preferidos a los demás para suceder en la jefatura de la comunidad cuando llegue el caso. Las viudas permanecen en la casa toda su vida, con derecho a ser sustentadas de sus productos mientras no *convolaren* a otro matrimonio fuera de ella. También lo tienen a contraerlo en ella, en las mismas condiciones que el primero, siempre que sea con persona del agrado de los parientes; otra condición también muy frecuente es que hayan quedado hijos menores. Al pacto en que se establece esa reserva se dice *de casamiento en casa*. Como antes, no se hace distinción entre los hijos de uno y otro matrimonio salvo en lo tocante a la jefatura. Todavía forma parte de esta comunidad una nueva clase de personas: los *donados*. Son célibes de alguna edad, ordinariamente pastores o mozos de labranza, que *se dan* a la casa y que la casa adopta, que se hacen miembros de aquella familia para toda la

vida y le entregan sus ahorros sin más derechos que el de ser alimentados y asistidos, sanos o enfermos, con todo lo necesario hasta su muerte, ni otro compromiso que trabajar en provecho de la casa en cuanto les ordenare el jefe de ella o los demás asociados si los hay. Remate y corona de tan complejo organismo es el consejo de *parientes*, con autoridad ejecutiva en los instantes más críticos de la vida de la familia: nombramiento de heredero o jefe, autorización de segundas bodas al cónyuge forastero, señalamiento de legítimas, arbitraje en casos de discordia, elección de tutores, interpretación del estatuto doméstico (capitulaciones matrimoniales), etc. (1).

El casamiento en casa del alto Aragón así descrito, como de otros pueblos de los Pirineos (2), como la compañía de Galicia, la familia irlandesa, la familia eslava (3), constituyen una sociedad familiar y económica en que, bajo la dirección o gerencia de un jefe, viven varios individuos o varios matrimonios en una propiedad inalienable, trabajando todos a utilidad de la casa.

Aunque este modelo de organización familiar perdió su vigor primitivo en Cataluña por varias influencias, todavía el *cap de casa* recuerda esa autoridad patriarcal, el *mas* la tierra familiar; además, el pueblo catalán distingue incesantemente entre los bienes adquiridos por el esfuerzo individual (*guanyats*) y los heredados, los cuales considera de suyo inalienables; a esto se añade con respecto a la sociedad doméstica, que todavía en

(1) COSTA y otros. *Derecho consuetudinario y economía popular de España. La comunidad doméstica del Alto Aragón*, pág. 31.

(2) W. WEBSTER. *Quelques notes archéologiques sur les mœurs et les institutions de la region pyrénéenne*. Bayona, págs. 6, 7, 8, 9, 10.

(3) La compañía gallega, conocida también en Portugal (países los más célticos de la península), nos ofrece los siguientes caracteres: al casamiento de los hijos, entran las mujeres en la casa paterna, todos trabajando a *utilidad de la casa* (como la frase usada en nuestros capítulos matrimoniales); el padre director y gerente de la explotación de los bienes familiares, a su muerte lo es la madre; finalmente unidad de poder y dirección como unidad de patrimonio, que se continúa con el hijo elegido, como el *hereu* catalán, que las más veces es el primogénito. «En Lalin (Pontevedra) el nombramiento de heredero o mejorado se hace entre vivos y cuando éste contrae matrimonio (como los heredamientos catalanes en capítulos); las obligaciones del mejorado, como el *hereu* catalán, se reducen a tener a mesa y manteles en su casa a sus padres mientras vivan y a sus hermanos, en tanto no contraen matrimonio; en cambio, le ayudan en los trabajos y faenas del campo.» MURGUÍA, *Estudios sobre la propiedad territorial de Galicia. El foro, sus orígenes, su historia, sus condiciones*, Madrid, 1882, cap. *Celtas*, pág. 37.

nuestros capítulos se repite, al tratar de hacer con los padres vida común los hijos al casarse, la obligación que contraen de *trabajar a utilidad de la casa* a cambio de ser mantenidos por la comunidad familiar; vese también la institución *dels jadrins externs* o solterones, sostenidos por el heredero y *haciendo vida común* y con derecho a refugiarse en la familia aun después de largas ausencias, mientras no hayan sacado o cobrado el *dret de la casa*, que el romanismo ha convertido en la legítima (1). A esto se añade para muestra de igualdad de origen de esas instituciones también los *cabalers* y los *donats* trabajando en nuestras masías.

Por una reminiscencia del derecho de los antiguos pueblos del Mediterráneo, conforme en otro capítulo explicaré, se estableció la unidad en el haber y poder de la familia en el *hereu* o el *noy* (2) y repelió la división forzosa y por igual de la herencia doméstica entre los hijos, que usaron otras legislaciones antiguas de España. Para conservación de todo ello se ponderó y privilegió la masculinidad, que a la vez era una condición preferente en el derecho feudal, de donde se originaron esa serie de fideicomisos en los cuales la sucesión se señala por orden de sexo y primogenitura, con preferencia de varones a las hembras. Bien es verdad que esta preferencia se tuvo también en gran consideración por los romanos, pero se excedió en gran manera en las costumbres jurídicas de los francos (3) y en las feudales.

VII. Los heredamientos, sucesión por pacto, entrega del poder familiar, como expondré en lugar oportuno de esta obra, pugnan con el derecho romano, *hereditas non dicitur viventis* alegaban los glosadores de este derecho, y era un contrasentido según ellos la herencia de una persona viva. El heredamiento es antiquísimo: representa en la Península ibérica,

---

(1) SUMMER MAINE. *La familia patriarcal*. Trad. España Moderna.

(2) El *noy* en sentido genérico es el hijo mayor de la familia: así en ciertas comarcas se contraponen los nombres de *noy* (heredero) y el *cabaler* (segundón), y en general el *noy* equivale a primogénito en todas las regiones del Principado en el lenguaje corriente.

(3) PARDESSUS. *Loi salique*, París, 1843. En la sucesión ab intestato de la propiedad territorial excluía a las mujeres el cap. 59 y el 92 de la ley sálica: «De terra vero salica in muliere nulla pertinet portio, sed qui fratres ad virile sexu tota terra pertinet.»

como en algunas *coutumes* francesas, un estado jurídico en el cual el testamento no se empleaba y apenas conocía y sólo para transmitir cosas muebles. Pirenaico en su origen (Vizcaya, Alto Aragón, Cataluña), se amoldó luego al derecho feudal de los francos y se convirtió en un contrato sucesorio, entrega del poder familiar, como era un contrato sucesorio la investidura del feudo.

VIII. El pacto de sobrevivencia y el *tantundem* de la diócesis de Gerona recuerdan lo de los celtas franceses según vió y luego describió César en su libro de la guerra de las Galias (1). Institución es esta del *tantundem* que a pesar de tomar el nombre del derecho romano novísimo (2) por haberla aceptado, como tantas otras de origen germánico y céltico, la legislación de Justiniano.

En cuanto al *pacto de sobrevivencia*, o sea el de lucrar una cantidad el cónyuge que sobrevive al otro, las costumbres de países célticos de Francia, como son los de Bretaña, París, Anjou y Troyes, tuvieron la institución del *don mutuel* (3) y, con el mismo nombre de sobrevivencia, el Delfinado (4), y hoy subsiste en la diócesis de Gerona en actuales capítulos matrimoniales, en Cerdeña y antes en Rosellón (5), y por cierto en Gerona se enlaza con una sociedad reducida o limitada de gananciales, algo así como la costumbre celtogala referida por César (6), comunión de lucros y mejoras que

---

(1) He aquí el curioso texto de César (*De bello gallico*, lib. VI, cap. 19): Viri, *quantas* pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, *tantas* ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servatur: uter eourum vitæ superavit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorem temporum pervenit.

(2) Novela 97 de Justiniano. Se observa que la confusión de la dote germánica (*meta*) con la *donatio ante nuptias* romana debió efectuarse en la época visigoda, pues el Fuero Juzgo (III, 1-5) prohibió dar en dote más de un décimo de los bienes, a menos que la mujer hubiese llevado al marido una dote, porque entonces podía pretender *otro tanto* aun fuera de la medida legal. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, II, pág. 120.

(3) LAFERRIERE, *Histoire du droit français*, II-III, sec. 3 y VI, 19.

(4) PAPE. *Decisiones*, dec. 565.

(5) FONTANELLA. *De pactis nuptialibus*, cl. 7 gl. 1 p. 3.ª Fontanella refiere que su mujer era de Perpiñán y por esto en sus capítulos figuró el pacto de sobrevivencia.

(6) Si se observa en la segunda parte del párrafo de César antes copiado, se revela esta comunidad aunque no en la extensión y alcance que pretende d'Arbois de Jubainville y aun Pardessus, olvidado la idea del pacto de sobrevivencia.

os bienes dotales y esponsalicios produzcan, partible por igual entre marido y mujer (1).

IX. Llama la atención, en orden a la comunidad de bienes en el matrimonio, que tanto en la *conveniencia* de la bailía de Miravet y del valle de Arán, el *agermanament* en Tortosa y de dicha bailía, como en la asociación de compras y mejoras en la provincia de Tarragona, cierto parentesco con las leyes y costumbres francas. La comunión de las adquisiciones se reguló en las leyes ripuarias, que aseguraban a la viuda el tercio de *omni re quod simul collaboraverunt*, fuera del dote y del esponsalicio, se reproduce en la costumbre de Angers, de Lindenbrog y en una capitular de Ludovico Pio, ésta para todo el imperio franco. El tercio se convierte en la mitad en la ley sajona y de Westfalia *De eo quod vir et mulier simul conquisierunt mulier mediam portionem accipiat* (2).

En cambio, según la ley visigótica de Recesvinto, inspirada sin duda en los gananciales de origen ibérico (Fuero Juzgo, ley 16, lib. 4, tit. 2), el marido guardaba para sí las adquisiciones que hubiese podido lograr, sea en la guerra por dádiva del príncipe o de amigos, y la mujer lo que hubiese adquirido *quorum cumque munere*, pero de los demás aumentos participaban a proporción de su haber y asimismo a proporción sufrían las pérdidas. Sin embargo, la partición por igual prevaleció en los fueros, como resurrección del derecho indígena castellano (3).

X. Otra institución familiar de que se trata también en las costumbres feudales, llamada esponsalicio, *creix* o *escreix* o *espoli*, en sus fuentes primitivas era el Mogengabe (*morgen*, mañana; *gobe*, don), donación que entre los pueblos germanos el marido hacía a la esposa al siguiente día del casamiento (4),

---

(1) Mi *Historia del Ampurdán*, pág. 93. TORROELLA, *Lo dret civil geroni*, Mataró, 1899, págs. 48 y 84.

(2) SCHUPFER: *Il diritto privato dei populi germanici con speciale riguardo all'Italia*. Roma, 1914, tomo II, pág. 153.

(3) Fueros de Alcalá, Cáceres, Nájera, Fuero viejo de Castilla, el Espéculo. Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Madrid, 1868, tomo I, pág. 480.

(4) LAFERRIÉRE. *Histoire du droit français*. II-III, sec. 3 y VI, 19, y además DAVOUD-OGHLOU, *Histoire de la législation des anciens germains*. Berlín, 1845.

la cual se renueva al compilarse las costumbres así en Barcelona en el *Recognoverunt proceres*, y en el Código de Tortosa, pero ya mixtificada por las influencias italianas o longobardas (1), trocada en esta mixtificación germanorromana en contradote o *aumento de dote*, como la llaman muchas veces nuestros notarios, y otro cambio igual se efectuó en otros países con nombre de *vidualitium*, *dotalitium*, *dotarium*, *doarium*, *douaire* (2).

XI. ¿Qué más puede añadirse a todas estas tradiciones de la familia catalana? Sin duda alguna quedan otros como el *aixovar* o *ajobá*, o sea la cantidad que entrega el novio «a la persona que otorga heredamiento a favor de la desposada y en cuya compañía vivirán los esposos» (3), que en su origen era el precio de la compra de la mujer dado al padre, en céltico *gober* o *amober* (4) o dado a ella misma en el caso de violación (5), que no es nombre que equivalga al *ajuar* castellano-árabe, ni significa auxilio como creen unos distinguidos tratadistas (6). Queda, además, en la organización de la familia legítima, y lo apunto porque viene en este momento a mi memoria, la emancipación del hijo por causa de matrimonio. A diferencia de Roma, el casamiento era en la Galia causa de emancipación, pues es casi universal en las costumbres francesas de Reims, Clermont, Troyes, Nivernais, Bercy, Chartres, Montpeller, Tolosa (7), y la tradición ibérica aceptaba también esta emancipación tácita (Ley 47 de Toro).

XII. Por cierto que, en punto a los efectos jurídicos del matrimonio, según la costumbre familiar catalana se tenía por

---

(1) SCHUPFER, ob. cit. II, pág. 122 y siguientes.
(2) PERTILE, ob cit., tomo III, pág. 327.
(3) Brocá y Amell, tomo I, pág. 342 de la segunda edición.
(4) D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. *La famille homérique et la famille celtique.* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*), tomo 22, 1898, págs. 445 y 446. DARESTE. *Etudes d'histoire du droit.* París, 1889, pág. 363. La llamada dote del marido (cántabros, Viriato) tendrá también este origen.—ALTAMIRA, *Cuestiones de historia del derecho.* Madrid, 1914, pág. 91. Acerca de la Cantabria dominada completamente por los celtas como Galicia, Portugal y Asturias.—FERNÁNDEZ GUERRA, *Cantabria.* Madrid, 1878, pág. 101.—Es una forma también de la dote germánica que el marido daba a la mujer o a su familia. SCHUPFER, ob. cit. II, pág. 119, que tanto llamó la atención de Tácito, que escribió «*Dotem non uxor marito sed uxori maritus offert.*
(5) Usaje *Si quis virginem.*
(6) Broca y Amell, *loc cit.*
(7) LAFERRIÈRE. *Histoire du droit français*, lib. II, cap. 3, sec. 2.ª

muy natural que partían de los capítulos matrimoniales y no del matrimonio religioso. Los pactos nupciales implicaban algo más que una ordenación de intereses. Se ha dicho y repite todos los días que son los capítulos la base o constitución fundamental de la familia, a manera de la de los Estados, y hay que saber que esto en algún tiempo se tomó al pie de la letra, al punto de confundirse con el matrimonio por pacto ante los lares domésticos y pasar a hacer vida común los novios antes de la ceremonia religiosa (1). Fontanella se lamenta de esta práctica, que la Iglesia catalana procuraba desarraigar (2).

XIII. Si del derecho de familia, cuyo inventario de elementos no romanos es tan copioso, se pasa al de las cosas, encontraremos, como idea fundamental de la personalidad del propietario, no el individuo, sino la colectividad, familia, tribu o pueblo, como característica de la propiedad catalana (3). Nos advierten esto las palabras *emprius* (propiedad comunista), propiedad alodial y alodio (por propiedad familiar o individual) completamente libre (4) y la misma noción del dominio y su división; que todo esto ni es romano ni castellano. ¿Por qué será que el *establiment* catalán lleva tantas especiali-

---

(1) Los longobardos de Italia daban por hecho el matrimonio el día en que se escribían los pactos nupciales. Un decreto del papa Nicolás, año 866, a los búlgaros recién convertidos al cristianismo, condena esta práctica; se publicó esta disposición pontificia en el *Decreto de Gratiano*, Causa 30, quest. 5, cap. 3: *Nostrates*, etc. Véase PERTILE, *Storia del diritto italiano*, tomo III, pág. 293.

De los vascos, navarros y otros pueblos pirenaicos se ha dicho esto mismo, aun con referencia a textos expresos de sus fueros. W. WEBSTER, *Quelques notes archéologiques sur les mœurs et les institutions de la region pyrénéenne*.

(2) FONTANELLA, *De pactis*, cl. 12, glosa única, n.º 16, lo indica como costumbre de funestos resultados: «Qui filias habemus, in commitendo eas, *sicut communiter fit, sponsis illis datis, ante contractum matrimonium...*»

Véase la pena que imponían las Constituciones sinodales. *Constitutionum provincialium Tarraconensium*. Tarragona, 1593, lib. I, tit. I, *De sponsalibus et matrimoniis*, cap. I. «At vero cum *in hac provincia plerique, ut experientia docet, nondum ita contracto matrimonio*, sed statim atque sponsalia per verba de futuro præmissa, *cui ut capitula, ut vocant matrimonialia jurata et firmata ab utraque parte sunt*,... sponsas petulanter accedere, cum illis turpiter ludere, et habitare procaciter non verentur.» Confirmado expresamente en las sinodales de Gerona, lib. IV, tit. I, cap. 10.—ROMAGUERA, *Constitutiones synodales diocesis gerundensis*, Gerona, 1691, y en las de Vich *Constitutiones synodales vicenses*, Barcelona, 1628 y *Constitutiones synodales diocesis vicensis*, Vich, 1748, tit. 33, cap. 7 y 8.

(3) ABADAL. *La propiedad catalana, su característica*. *Rev. Jur. de Cat.*, tomo V, pág. 895.

(4) De las palabras germánicas *all*, todo y *od*, bien propiedad, o sea propiedad plena. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, palabra *alleu*.

dades y distintivos que le separan radicalmente del enfiteusis, el cual apareció como institución nueva, importada, y por tanto mal definida, en los últimos tiempos del derecho romano? Habíase extendido esta institución por Europa bajo el patrón y molde del feudo, y la recogió Justiniano, y con aparato de algo que venía de nuevo al derecho clásico romano le dió cabida, aunque mezquina y pobre, en su Código (1).

Esas especiales condiciones del *establiment* o enfiteusis catalán, que en estos días presentes han debido encarecerse y poner por delante de ciertos juristas que llevarían a refundirlo en el enfiteusis del Código civil de cualquier modo (2), tienen un abolengo larguísimo, como los foros gallegos, de origen céltico, como tantas otras formas primitivas de la propiedad que se cobijaron bajo la organización feudal, centro y refugio de costumbres y derechos sobrevivientes a las invasiones y cataclismos sociales (3), y que inútil y temerariamente quisieron explicar los comentaristas clásicos y los romanistas con el recuerdo del *ager vectigalis* de Roma; porque era admitido dejar que la historia romana diese cuenta y razón del origen de todas las instituciones de derecho civil.

XIV. Tampoco se explican por el derecho romano ni por el de Castilla, y antes son opuestas a sus principios, algunas limitaciones de la propiedad, así la de *atans*; como la servidumbre forzosa de pared medianera que procede del derecho consuetudinario francés (costumbres de París y Orleáns), extendido sin embargo más tarde a otras naciones.

Y finalmente, con esa organización especialísima, no romana ni castellana, de la propiedad inmueble en Cataluña, se elaboró una conciencia jurídica que ha producido la aparcería y la *rabassa morta*, difíciles de sujetar al concepto clásico romano del arriendo o de la sociedad, porque no son lo uno ni lo otro, sino algo original y nuevo.

---

(1) Código, lib. 4, tít. 66, *De jure emphiteutico.*

(2) *Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona. Dictamen donat pels advocats don G. M. de Brocá, don J. Pella y Forgas y don Raymond d'Abadal sobre si son redimibles els censos enfitèutics a Catalunya.* Barcelona, 1908.

(3) E. Laneleye. *De la propriété et de ses formes primitives.* París, 1891.— Murguía, *Estudios sobre la propiedad territorial de Galicia. El Foro.* Madrid, 1882.

Algo original y nuevo, pero más emparentado con los feudos, por el concepto de relaciones mutuas de servicios (1) y consorcio en el disfrute de la tierra entre señor y vasallo, que con el individualismo romano con su derecho de propiedad absoluto (2).

Después de esta enumeración, bastante para demostrar la gran cuantía del elemento celtogalo en nuestro derecho, no puede cerrarse los ojos a la evidencia, antes debe proclamarse como elemento fundamental, como algo de grandísima consistencia, no romano, ni español, que informa nuestras instituciones. ¿Es así cómo se venía explicando? ¿Es esto lo que se enseña en las Universidades?

Si no acierto, no será por falta de datos y noticias, mas de criterio.

---

(1) Acerca del concepto de la propiedad según los pueblos germánicos, en oposición al principio individualista romano. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé du XII au XIV siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique*, Melanges Fitting. Montpeller, 1907, págs. 414 y 415.

(2) Muchos contratos de parcería o colonato en la provincia de Gerona recuerdan el derecho feudal en las prestaciones de *traginas, obras*, alimentos y habitación al señor del *mas* cuando lo visita; entrega de quesos, aves, etc., en determinadas fiestas.

III

El elemento mediterráneo

I *El derecho anterromano.—Confusiones debidas a la mezcla del derecho de Roma.—Trabajo de selección.*

II *La civilización camita en el Mediterráneo. Restos del derecho egipcio, sardo y etrusco.*

III *Importancia del derecho griego antiguo. La familia griega. La casa. Parangón con el derecho catalán.—Diálogo de Platón sobre la libertad de testar y conservación del patrimonio familiar.—El* hereu, *la* pubilla, *la autoridad marital y la paterna.—El dote, la compensación de dote y los parafernales.*

IV *Influencias de las repúblicas italianas sobre la condición de la mujer. Génova Venecia. Pisa, Cerdeña.—El año de luto de la viuda* (any del plor).

V *El derecho romano.—La conquista.—No destruye el derecho primitivo.—El derecho romano en la Edad Media.*

VI *Se señalan tres épocas en la introducción del derecho romano medioeval.—Epoca visigótica.—El Breviario de Alarico II y sus importantes interpretaciones.*

VII *Epoca decisiva de la generalización del derecho romano cuando el Renacimiento.—Es declarado derecho supletorio en una pragmática del Rey Martín.*

VIII *El Renacimiento clásico y su influencia en el derecho. Protestas contra esta evolución.*

IX *La protesta del gran jurisconsulto Tomás Mieres contra el derecho romano y los libros de los doctores italianos y el olvido del derecho genuinamente catalán durante el siglo* XV.

X *El derecho canónico: su unión con el romano.— Influencia del Tribunal de la Rota con sus Decisiones.*

I. Cuando se ha de tratar de la influencia de la civilización mediterránea en el derecho civil, parece debe ponerse por encima de todo el elemento del derecho romano. Con ser éste tan considerable, son excusadas ponderaciones, pero aquí nos encontramos también con aquella fácil erudición que todo desea explicarlo, en materia de instituciones civiles, con la historia romana; achaque común de los juristas, hasta que los estudios modernos han dado la parte que corresponde al derecho céltico, al germánico, al del antiguo Egipto, al griego, al etrusco y aun se extendió esta participación a otros pueblos primitivos de todo el mundo.

Es cosa corriente que el imperio romano, y este fué motivo de su grandísima expansión, después de la fuerza de las armas, en religión, idiomas, costumbres y también en prácticas jurídicas civiles y políticas, adoptó y sumó sin escrúpulo y confundió en uno lo de los más diversos pueblos. En cuanto al derecho civil sucedió otro tanto, y ya es sabido que con el nombre de *derecho de gentes* y por medio del pretor para los extranjeros, el derecho romano se nutrió del de todas las naciones (1).

II. Conviene hacer un trabajo de selección, pero breve, dada la extensión reducida de este capítulo, de los elementos de la civilización mediterránea antigua, aunque parezcan romanos en nuestro derecho civil. En este punto, si no es posible deslindar lo que arraigó de la antiquísima civilización camita en el Mediterráneo (imperio egipcio, etrusco y sardo), porque no quede acaso más que la importancia y derechos de la mujer señora de la casa en ciertos casos cual en el antiguo Egipto (2) y ciertas costumbres como la reclusión de la esposa en el domicilio y el casamiento entre parientes en las poblaciones de la costa, o acaso la institución de la *pubilla* o sea la supremacía, en momento dado, de la mujer en la familia y en el Estado, así en el derecho egipcio, y las prácticas funerarias (*dinars de morts*, elogio de los difuntos, etc.), todo ello de un carácter

(1) Mainz. *Cours de droit romain*. § 122.
(2) Dareste. *Etudes d'histoire du droit*. París, 1889, pág. 4. Bresciani. *Costumi dell' isola de Sardegna*.

primitivo y oriental (1), común hoy día a muchos pueblos del Mediterráneo, sin embargo supervive, es seguro, de la gran civilización griega, que se implantó con las antiguas colonias, y se revela de un modo evidente, un elemento antirromano con caracteres inconfundibles en nuestro derecho de familia.

III. El derecho griego—me refiero al de los atenienses como más estudiado y conocido,—consideraba la familia grupo de personas a las cuales la religión permitía invocar el mismo *lar*, ofrecer la comida funeraria a los mismos antepasados y usar de un mismo sepulcro (2); esto encuentra su equivalencia aproximada en Roma, mas lo que no se relaciona con los romanos es la idea de que la propiedad, sobre todo de la tierra, era siempre de la familia, jamás del individuo, y en esto ya nos encontramos en pleno parentesco con las ideas jurídicas tradicionales en Cataluña y enlazado y confundido con la civilización céltica en la forma indicada en el capítulo anterior. De la necesidad de sostener este principio del derecho familiar griego se formaron muchas y variadas instituciones, entre ellas la de los fideicomisos, que los romanos tomaron de los griegos y por esto eran los fideicomisos de derecho de gentes: «Toda la organización de la familia ateniense dimana de una sola idea: la de la *casa*, οἶκος», alguien ha dicho (3). ¿Es que la idea de la conservación de la casa procede en el derecho catalán de las influencias de la civilización griega, establecida poderosa en nuestras costas antes de la dominación romana? ¿Acaso nació y se acrecentó en el período medioeval con el feudalismo y la nobleza?

Platón, en el diálogo de las leyes (libro XI), discutió el hondo problema de la libertad absoluta de testar enfrente de los intereses de la familia y del Estado. Uno de los personajes del diálogo exclama:

«¡Oh Dioses! ¿Acaso no es bien duro que yo no pueda disponer de mis bienes en favor de quien me plazca, dejando a

---

(1) Mi *Historia del Ampurdán*, págs. 32 a 74.—Puig Samper, *La Pubilla*, Barcelona, 1894.

(2) Fustel de Coulanges. *La cité antique*, París, 1866, pág. 44.

(3) Dareste. *Mémoire sur le droit attique. Séances et travaux de l'Académie de sciences morales et politiques* París, 1875, pág. 535.

este más y al otro menos, todo según el mayor o menor grado de adhesión y afecto de que me hayan dado pruebas en el curso de mi enfermedad, en mi vejez y durante los diversos acontecimientos de mi vida?»

A esto contesta uno de los interlocutores, ateniense:

«Yo encuentro que los legisladores antiguos tuvieron demasiada condescendencia, dado que dictando sus leyes sólo abarcaron y consideraron una pequeña parte de los negocios humanos.» Y más adelante añade, entre otras razones que no copiamos para no alargar el capítulo:

«Yo os declaro, en calidad de legislador, que no considero que vos ni vuestros bienes están en vuestro arbitrio, sino que pertenecen a la familia, o sea tanto a vuestros antepasados como a vuestra posteridad, y toda vuestra familia con sus bienes a su vez pertenecen al Estado.» Después presenta, resumiendo, las principales disposiciones del derecho ateniense, y dice:

«Todo el que disponga en testamento, si tiene hijos instituirá heredero al hijo varón *que juzgará más a propósito*... Un hijo que no tenga otra herencia y debe ser destinado a alguna colonia, como la ley manda, a éste, podrá darle todos los bienes, *excepto la herencia paterna o familiar*, y los muebles que necesite. Si al testador le quedan varios hijos, partirá entre éstos los bienes que no fuesen de *la porción hereditaria*... (1)

. . . . . .

Si el testador deja sólo hijas, buscará algún joven para esposo de aquella de sus hijas que considere más conveniente, y *después de haberlo adoptado como hijo le instituirá heredero.*»

Se adivina aquí sin esfuerzo un estado de derecho o de opinión jurídica, expresada por Platón, muy parecido al nuestro en la siguiente suma de cosas: primero la conservación de los bienes familiares, distintos de los adquiridos por el trabajo o fuera de la sucesión familiar, ideas arraigadísimas en Cataluña; el nombramiento de *hereu*, no precisamente a favor del primogénito sino del hijo más a propósito; el *fadrí extern* que sale

(1) PLATÓN. *Œuvres traduites par Victor Cusin*, París, 1832, tomo VIII. *Les lois*, lib. XI.

de la familia para ir a crear negocios o industria o a una colonia; en el caso de existir del matrimonio sólo hijas, la *pubilla* a quien dan *pubill*, que entra en la casa a regirla como heredero.

Todavía son mayores las analogías entre el antiguo derecho griego y el catalán en punto a la autoridad marital y a la paterna. La mujer, al casarse, pasaba bajo la autoridad del marido, pero esta autoridad no era un poder, no se parecía a la *manus* de los romanos, pueblo agrícola, duro, que veía en la mujer una esclava del trabajo; mas en Grecia, y sobre todo en Atenas, el poder marital equivalía a una magistratura, como dice Aristóteles; representaba, el marido, el señor, χυριος, *no el amo y el déspota* romano que pesaba con derecho de vida y muerte sobre la mujer y los hijos. A la vez en Atenas la autoridad paterna, en nada comparable con la romana, se ejercía en forma de protección y de defensa, y, como dice Aristóteles, como el poder real (1).

Aunque en la sucesión daban preferencia a la masculinidad, por los griegos era tenida la mujer en gran consideración y respeto, cosa desconocida por las razas célticas y no admitida por los romanos sobre todo en punto a derechos civiles. Cuando venía a parar la sucesión familiar en una mujer, ésta, en Egipto como en Grecia, como la hija única en el derecho indio y como la *pubilla catalana*, asumía la representación de la casa, y al casarse, como aquí algunas veces, el marido tomaba el nombre de la familia de ella para los hijos (2).

Tenían los griegos, además, el dote, φερνή, y la compensación del dote, τὰ ἀντιφερνα, expresión griega que admitió el Código de Justiniano. Daba el dote el padre o el más próximo pariente; y el marido no podía enajenar las cosas dotales, sino que con ellas debía sostener las cargas del matrimonio (3). Los parafernales de origen griego, παρὰ φερνὴς, bienes libres de la mujer admitidos por el derecho romano, son un nuevo indicio de los derechos de la mujer griega, derechos

(1) Dareste, *ob. cit.*, págs. 538-539.
(2) Fustel de Coulanges, *ob. cit.*, pág. 90.
(3) Lib. 5, tit. 3, ley 20. D'Arbois de Jubainville. *La famille homérique et la famille celtique.* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, tomo 22, 1898, págs. 445-446.)

de disponer de sus bienes libremente como en la legislación catalana. Si la mujer enviudaba en la casa, quedaba bajo la dependencia de su hijo, el heredero, como en algunas casas de nuestra tierra sucede, o del pariente más próximo (1). Por lo demás, los principios del derecho romano acerca de la institución de heredero eran extraños al derecho griego: el padre repartía los bienes (sucesión contractual) entre sus hijos en partes iguales o desiguales según le parecía.

IV. Todo este fermento de instituciones mediterráneas aun a través del derecho romano transformó el derecho de Italia y de Cataluña en la Edad Media. Sorprenden a cada paso las semejanzas. Así por ejemplo: la mujer en las antiguas repúblicas de Génova y Venecia podía vender las cosas suyas (*vendebat et donabat res suas cui volebat, sine interrogatione parentorum suorum et sine noticia principis*, const. de Génova 958); igualmente en Caller, Cerdeña (2).

Por último, los pisanos tenían el sistema de matrimonio con separación completa de bienes, y acaso haya esto trascendido al moderno Código italiano.

Bien es verdad que la relación de pisanos, genoveses y venecianos con los catalanes fué continua, y algo de esto pudo entrar por incidencia en nuestro derecho, pero lo fundamental, antes explicado, lo considero de remotísimo origen anterromano. Por ejemplo, considero accidental y pura imitación realizada durante los siglos medios la institución del año de luto (*any del plor*) establecida por las Cortes de 1333 con la famosa constitución *Hac nostra* que limitó el derecho que a la viuda concedían los Usajes, porque es ella en la misma forma que se usaba en Pisa y en Venecia (3). Se pretende en cambio que el usufructo legado a la viuda es tradición romana (4).

V. Es substantivo y fundamental del derecho civil catalán este elemento primitivo camita y griego; sobre él, con los restos que dejó en nuestro suelo, se desarrolló el derecho romano

---

(1) D'Arbois de Jubainville, ob. cit., pág. 441.—Dareste, *ob. cit.*, 538.
(2) Pertile. *Storia del diritto italiano*, vol. 3, pág. 279.
(3) Pertile. *Ob. cit.*, tomo III, págs. 341 y 342.
(4) Esmein. *Mélanges d'histoire du droit et de critique*. Paris, 1886, pág. 54, lo prueba con las leyes del Digesto 22, 24, 25, 27, 30 y 35, lib. 33, tit. 2, *De usu et usufr*

después de la conquista y más tarde, cuando su renacimiento en la Edad Media, con gran exuberancia y lozanía.

Un concepto primario de las cosas pretende que cuando se realizó la conquista de España por las legiones romanas, conquista larga, difícil y por mucho tiempo insegura, quedó establecida sólidamente la civilización de los conquistadores y su derecho; mas no es exacto ni mucho menos y, aunque algunas veces se encuentren referencias en los escritores de la antigüedad que de las guerras hispánicas trataron, de haber impuesto leyes nuevas al acto de la dominación de una ciudad y territorio, en lo íntimo y privado y aun en lo público siguió la tradición antigua, y así se explica la renovación y conservación de las instituciones civiles célticas e ibéricas muchos siglos más tarde.

«El criterio fundamental de los edictos provinciales era el respeto al derecho consuetudinario y a las leyes locales. No se privó a las provincias de sus senadores, magistrados y sacerdotes: éstos continuaron rigiendo la *res privata* de la tribu. Lo mismo las ciudades aliadas (*fœderatæ*) que las libres (*liberæ*) disfrutaban de la *libertas* (independencia administrativa) y autonomía (legislación y jurisdicción nacionales); no dependían del gobernador romano ni tenían guarnición: continuaban propietarios del suelo, esto es, no era declarado *ager publicus*. Su único lazo con Roma era el *fœdus* o el *senatus consultum* que los aliaba a Roma y además en las ciudades libres los *stipendia* y *portaria* que tenían que satisfacer al tesoro público» (1).

Puestas las cosas en un justo medio y a la vista de textos extensos que respetan el *usus provinciale* o costumbres civiles de los pueblos (Código de Justiniano, VIII-53; Digesto, *De legibus*, 1-3), puede afirmarse que la civilización impuesta por la conquista romana no descuajó ni aniquiló el derecho antiguo.

VI. Otra época, ésta de más directa influencia, es la del derecho romano en la Edad Media. «Fué sin duda Cataluña,

(1) COSTA. *Poesía popular española y mitología y literatura celto-hispanas*. Madrid, 1881, pág. 235.

de todos los estados de la Península ibérica—dice a este propósito del derecho romano medioeval un autor a quien debo seguir en este capítulo (1), la que recibió el derecho romano de la manera más intensa y rápida, lo cual se explica tanto *por la situación geográfica de Cataluña*, como por la historia política y el extraordinario desenvolvimiento de su industria y comercio.» Y añade dicho autor, al final de su eruditísimo estudio acerca de la introducción del romanismo en el derecho catalán: «Aquí, como en Italia, favoreció la recepción del derecho romano el estado rudimentario del derecho nacional; éste, si bien apropiado a las necesidades de un pueblo agrícola, resultaba insuficiente para regular las nuevas condiciones de vida, sobre todo en las ciudades, en las cuales los progresos de la industria y del comercio habían modificado en gran manera el estado económico y social. El derecho romano ofrecía principios generales y reglas precisas y minuciosas que satisfacían esta necesidad en muchos puntos» (2).

He aquí apuntados los tres grandes factores de la propagación del derecho romano: el factor geográfico, el político y el económico, en rigor reducido a uno solo: la frontera oriental de Cataluña de cara al Mediterráneo, frente de Italia.

Tres grandes épocas entiendo que deben señalarse en esa influencia avasalladora que nuestro derecho recibió de la frontera oriental de Cataluña, frontera que como marítima es la más libre y abierta a las influencias de la civilización universal, la cual, por lo que a Europa respecta, ha radicado casi siempre en el Mediterráneo. Primera época, que corresponde al dominio visigodo, en el cual Cataluña formó parte de la Septimania, o sea el actual territorio del Principado y los del sudeste de Francia. Segunda época: desde la caída del imperio visigótico y reconquista de Cataluña por los francos, hasta la llamada época del Renacimiento, que en Cataluña como en Italia se inició a últimos del siglo XIV, principios del XV; y tercera, su extensión completa en los siglos XV, XVI, XVII.

---

(1) D. E. DE HINOJOSA. *La reception du droit romain en Catalogne*. Trabajo vertido al castellano, después de publicado en Montpellier, en el *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, Enero-Marzo 1910.

(2) *Obra cit.*, pág. 17.

De la primera época apuntan indicios y se hacen conjeturas verosímiles para indagar la existencia del derecho romano en estas regiones, en las cuales ya se ha demostrado que persistió un derecho especial distinto de los demás territorios de la monarquía goda.

En los primeros tiempos del reino godo con su capital en Barcelona y después en Tolosa de Francia, sea porque los godos eran milicias mercenarias de los romanos, o porque soñaron en vistas al estado de flaqueza y ruina del imperio, como sucedió con Ataulfo, restaurarlo o imitarlo con el establecimiento de otro nuevo, empresa que estaba reservada a Carlomagno, lo cierto es que en punto a legislación empezaron aquí por aceptar la romana antes de publicar leyes genuinamente godas. Tal fué en esta obra de codificación de derecho romano el llamado Breviario de Alarico II. Este rey (cuyo reinado abarcó de 484 al 507) reunió unos legistas romanos en cierta ciudad de la Gascuña (año 506), los cuales redactaron el llamado Breviario del Código de Teodosio (que era el conocido de occidente), con las novelas de Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo, la Instituta de Gayo, los cinco libros de Paulo (*Receptæ sententiæ*), el Código Gregoriano, el Ermogeniano y las respuestas de Papiniano (1).

El Breviario se compone en gran parte de dos elementos, a saber: los textos del derecho clásico romano y el comentario o interpretación destinada a acomodar a la realidad y costumbres de la época ciertos anacronismos del antiguo derecho romano; y toda vez que debió regir para los provinciales del reino godo, los indígenas romanos, se ha hecho notar que dicha interpretación, que es considerable y aun modificadora, da a conocer, más que el mismo texto, el derecho vigente (2).

Mas cuando en las postrimerías de su dominación intentan los godos codificar con independencia, todavía su obra se reduce a un amasijo de costumbres primitivas germánicas e ibéricas, y romanas con forma exclusivamente romana:

---

(1) SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo* (trad. del alemán). Turín, 1854, tomo I, pág. 312.

(2) HINOJOSA. *Historia del derecho romano*. Madrid, 1885, t. II, pág. 106.

así salió el fuero Fuzgo de que trato en el próximo capítulo (1).

De la segunda son innumerables las citas y referencias, así en las costumbres de los condados (2) como en los documentos notariales, a partir de la reconquista de Cataluña por los emperadores francos y al retirarse a su empuje los africanos. Las Universidades que en esta segunda época se crearon contribuyeron en Italia y en Cataluña ante todo y sobre todo a la difusión del derecho romano, cuya metodización y su preceptismo claro sedujeron las inteligencias; además de que por estas cualidades se prestaba a maravilla, y esta fué la mayor causa de su éxito en las Universidades, para la explicación didáctica en las aulas.

En 1300, reinando Jaime II fué fundada la Universidad de Lérida para los catalanes, aragoneses y valencianos; por esta

---

(1) GAUDENZI. *Un'antica compilazione de'diritto romano e visigotico*. Bolonia, 1886, pág. 62, atribuye la influencia del derecho justinianeo entre los godos a que los griegos, desde Atanagildo en el año 554 hasta Suintila en 624, poseyeron la costa meridional de España y muchas ciudades importantes de Andalucía, y a la mujer de Leovigildo, griega de origen, que educó en el cristianismo a sus hijos Hermenegildo y Recaredo. El Fuero Juzgo en su forma externa es el Código de Justiniano. Creo tiene más amplia base la influencia romana en el período visigótico en la tradición de ésta, arraigada en España, y el estudio de las colecciones de derecho romano al punto que revela la publicación del Breviario de Alarico.

(2) Tengo para mí que son vestigios de la civilización romana conservados en las costumbres de las poblaciones que fueron municipios u ópidos romanos. Tal el romanismo de algunas disposiciones del *Recognoverunt proceres* de Barcelona, ciudad que hasta el reinado de Jaime I conservó el gobierno municipal en forma romana de curias, como demostré en un discurso en el Congreso de Historia de la Corona de Aragón en el centenario de Jaime I. Tal la indicación de las leyes romanas en las costumbres de Peralada y Castelló de Ampurias (mi *Historia del Ampurdán*, pág. 565 y las de Lérida (Valls, *Las consuetudines ilerdenses*, Revista Jurídica de Cataluña, 1913), Tortosa, Perpiñán, etc. Tal los mismos Usajes de Barcelona, que en su gran parte fueron copiados de las *Exceptiones Pauli*, libro de derecho romano muy en boga en el mediodía de Francia en el siglo XII, cuando se dictaron los Usajes, coincidiendo con el dominio de los condes barceloneses en aquellas regiones.

Véase SAVIGNY *Storia del diritto romano nel medio evo*, trad. Bollati, Turín, 1854, tomo I.—FICHER, *Ueber die Usatici Barchinonæ und deren Zusammenhang mit den Exceptiones legum romanorum*, citado por Hinojosa, y por ALTAMIRA, *Cuestiones de historia del derecho*. Madrid, 1914, pág. 53, y ABADAL y VALLS.

En cuanto a Lérida, véanse publicadas sus notables *Consuetudines* en la gran obra de VILLANUEVA *Viaje literario a las iglesias de España*, tomo XVI, pág. 194, y se observa en estas ciudades y comarcas la eliminación de las más duras costumbres célticas y germánicas, como el duelo judicial y las pruebas de hierro candente y de agua. La costumbre de Lérida; por ejemplo, dice: «Item addunt quod batalliam non teneamur facere cum eis por hominem vel ferrum, nec per alium judicium, nec per aquam», VILLANUEVA, ob. cit., pág. 165. Asimismo en las costumbres de la bailía de Mirabet publicadas por GALO SÁNCHEZ, *Constitutiones baiulie Mirabeli*, Madrid, 1915, cap. 101: «Item hic non fiunt tornes aut judicium ferri neque aque.»

concurrencia precisamente situóse en Lérida la Universidad o Estudio General y no en otro lugar de la Corona de Aragón; tuvo organización parecida a las de París y Bolonia.

Y de tal modo se extendía, porque echaba sus raíces sobre elementos primitivos semejantes, que sin ley que le autorizase para regir en Cataluña, antes al contrario topando con disposiciones expresas que lo excluían, como la famosa constitución de Jaime I (1), el derecho romano *por costumbre*, y en un país de costumbres esto representaba algo, infiltróse en la vida jurídica de Cataluña (2) e infiltróse hasta el punto que en pleno siglo XIV las Cortes catalanas reunidas en Montblanch, año 1333, establecían el cómputo de la legítima según la ley romana (3) y en las que se juntaron en Monzón, en 1363, se acordó observar las leyes romanas que prohiben hacer cesiones a personas poderosas (4).

Con esto se junta que Barcelona, habiendo ya constituído su colegio de abogados en 1328 (5), suplicaba y obtenía, en 1334, por medio de sus concelleres, la organización, según recientemente he investigado (6), del ejercicio de la abogacía, señalando en cinco años los estudios de derecho civil, como hizo

---

(1) Const. de Cat., lib. II, tit. 3, vol. 2.º y lib. I, tit. 8, vol. 3.º Dice la 1.ª: «No sie admes en alguna Cort lo advocat qui allegara algunas leys, que les consuetuts e Usatges complescan e abunden.»

Dice la 2.ª «que leys romanas o góticas, drets e decretals en causas seculars no sien rebudas, admesas, judicadas ne allegadas... mas sien fetas en tota causa secular allegations, segons los Usatjes de Barcelona, e segons approbadas costumas de aquell loch, ahont la causa será agitada, e en defalliment de aquells, sie proceit segons seny natural...»

(2) MARQUILLES (citado por Hinojosa). *Commentaria in Usaticiis Barchinone*, fol. 235. «Deficientibus usaticos ad leges romanas recurritur de consuetudine tamen et non alias, cum ad illas servandas non teneatur dominus rex et Comes Barchinone.» A corta diferencia, lo que dijo Pedro IV en su pragmática de 1380. Const. Cat., ley I, lib. I, tit. 10, vol II.

(3) Const de Cat., lib. VI, tit. I, vol 3, dada en las cortes de Montblanch, «fem edicte e ordenam *que en aquells locs* en los quals en comptar la llegitima la ley gotica ara es observada, aquella foragitada, sie observada de aqui avant la Ley Romana.» Se ve que ya regía en gran parte de Cataluña la legítima romana justinianea y se trató de extender a los lugares seguramente de Cervera y cerca Tarragona a que se se refiere la costumbre del mismo título y libro que sigue a dicha constitución.

(4) Lib. II. tit. 9, const. 1.º, vol. I, Cortes de Monzón: «Las leyes Romanas vedants cessions esser fetes en pus poderosa persona», etc., etc.

(5) PELLA. *El ejercicio de la jurisprudencia, especialmente en Cataluña*. Barcelona, 1906.

(6) ARCHIVO DE LA CORONA DE ARAGÓN. Reg. 488, fol. 88, Valencia, idus Febrero de 1334.

más tarde Pedro IV, y con obligación de tener los estudiantes todos los cinco libros de texto (*et habeant omnis quinque libros textualis juris civilis cum apparatu ordinario*), sin duda alguna los libros de derecho con las glosas (*apparatu*) o sea el Digesto, el Código, la Instituta, las Auténticas y Novelas, según se dividía la legislación romana por los glosadores desde el siglo anterior (1).

VII. La evolución de la sociedad europea, que formó época y se llamó del Renacimiento, trajo como elemento característico de ella el estudio e implantación del derecho romano en Italia, Francia y estados de la Península Ibérica. Un suceso tan grande anda enlazado con otros no menores en el orden social y político: como la ruina del feudalismo, el nacimiento de las grandes naciones, y las restauraciones de la cultura de la antigüedad griega y romana en literatura y artes. En aquel momento histórico, el derecho romano fué declarado derecho supletorio por una Constitución dictada en Cortes del rey Martín (2). Ello significaba el triunfo del derecho romano en Cataluña. El rey Martín, en este orden de cosas, era un hombre del Renacimiento. Basta leer su discurso de la corona dirigido en las mismas Cortes de 1405, cuajado de erudición clásica. Ese discurso fué canto del cisne que moría glorificando la raza catalana; con el lema de *Gloriosa dicta sunt de te Cathalonia*, el último rey de sucesión directa de la dinastía, en momentos en que Europa se transformaba, cantó la gloria de su país al punto que que iba a empezar la decadencia. Así por él, fuera la tradición indígena, el derecho catalán tomó la amplísima base del que se llamó derecho común en todas las naciones a partir del Renacimiento.

VIII. Era la inevitable evolución de la Historia que se mostraba en todos los órdenes de vida: en las luchas religiosas, en la filosofía, en el arte sobre todo, y en las letras; y de ello naturalmente participó Cataluña, dominadora de gran parte de Italia y señora del Oriente mediterráneo.

---

(1) SAVIGNY. *Storia del diritto romano nel medio evo*, trad. ital., Turín, 1854, tomo I, pág. 669.
(2) *Const de Cat.*, Const. 2, lib. I, tit. 38, vol. 1.

Menos radical o más conservador el derecho, que ya está en su condición el serlo pues no es materia libre sino excesivamente reglada, no destruyó ni revolucionó como el arte, antes bien fué evolucionando.

El respeto al texto legal escrito o sancionado por la costumbre enfrenó los arranques de radicales innovaciones, que cuadran mejor a la condición indómita de los artistas, bien que por otra parte la claridad, el gran sentido lógico y práctico de los principios jurídicos del derecho romano, atraía, mejor dicho sugestionaba, a los jurisconsultos de manera tan intensa que no les permitía ver la realidad de la civilización feudal primitiva y consuetudinaria en que vivían. Sólo algunos espíritus superiores, a ocasiones fugaces, apreciaban sin ilusiones y espejismos la vida social de sus tiempos tan distinta de la que imaginaban los doctores y glosadores romanistas. Escribió con esta clarividencia el gran comentarista Marquilles su libro sobre los Usajes, a modo de reacción contra el común sentir romanista de su tiempo, cuando, según confiesa, veía irse al ocaso la antigua legislación catalana.

IX. Protestó también gallardamente, al tiempo que Marquilles, el gran jurisconsulto de Gerona Tomás Mieres, en forma tal, que bien merece ser publicado de su protesta este notable fragmento:

«Porque es cosa propia de muchos—dijo Mieres—no cuidarse de estos derechos de la patria, pues que sólo se preocupan de las leyes romanas y las opiniones de los doctores italianos, los cuales diariamente no cesan de escribir lecturas y hacer nuevos libros como a todos es manifiesto, por lo cual puedenserllamados Rabinos, porque como dice el Eclesiástico, *no hay término en multiplicar libros* (1). ¿Y tú, por qué motivo escribes? Dios lo sabe. Tú ves porque es este trabajo que como dije al principio no encuentro exista algún comentario (*apparatus*) acerca de las Constituciones de Cataluña, y mucha falta hace, y porque dé ocasión a algunos, que cuiden más de los derechos y costumbres de la patria que de los usos de Italia, los cuales (el derecho romano) no cabe aplicar sino subsidiariamente.

(1) Cap. XII, ver. 12.

¿No es ridículo ignorar los derechos de la patria, dejar el régimen propio y cuidarse de los ajenos?...» (1)

X. Otro caudal de derecho procedente de Roma, ampliación y corrección cristiana del romanismo, aunque gran parte de esta gran obra la realizó Justiniano (2), lo constituye el derecho canónico, aquí como en otras naciones de Europa llamado derecho común como el romano y rigiendo como supletorio. Entró, no hay que decirlo, en épocas en que el clero era la única clase letrada; siguió las mismas vicisitudes de su hermano mayor el derecho romano en Cataluña, cuando a ambos incluyó Jaime I en la prohibición de alegarlos en los tribunales. Reconociólo por fin como subsistente la Constitución de 1599.

Tengo para mí que la mayor influencia canónica la ejerció en Cataluña la jurisprudencia del Tribunal de la Rota; hacia él, cual a un faro esplendente, se volvían las miradas de los comentaristas catalanes y de nuestros magistrados; tan alto y revestido de prestigios estaba aquel Tribunal, que a cada paso en las obras se le cita, y los tomos de su jurisprudencia llenaban las bibliotecas de nuestros antiguos doctores, como en nuestros días los volúmenes de sentencias del llamado Tribunal Supremo. Aun algunos escritores catalanes se dedicaron a comentar sus venerandas decisiones, resolución práctica de derecho viviente a cada paso enlazada y relacionada con los problemas de la vida jurídica de Cataluña.

(1) Mieres. *Apparatus super constitutionibus curiarium Cathaloniæ*. Ediciones de Barcelona de 1533 *collatio decima*, al comentar la constitución de las Cortes de la reina doña María y que empieza *A remoure calumnioses acusacions*, fol. 162, n.º 43 del tomo II y en la edición de Barcelona de 1621, tomo II, fol. 395, números 126, 127 y 128.

(2) Véase como fundamental para estudiar este hecho la obra de Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*. París, 1843.

IV

El elemento visigodo y el castellano — La codificación

I *Influencia primitiva de los pueblos vecinos: celtíberos y vascones.*

II *En la invasión de los pueblos germánicos Cataluña continúa bajo el dominio romano. Los godos y Ataulfo en Barcelona aliados de Roma. Eurico domina el norte de España y dicta leyes godas.*

III *La ley goda era personal o de clase.—Derecho aparte del pueblo indígena y romano, y cuál era este derecho.*

IV *Dominación de Cataluña en tiempo de Leovigildo.—Cuestión de si Chindasvinto unificó el derecho.—Examen sobre esto de una ley del Fuero Juzgo.—Estado del reino visigótico durante aquellos días.—Error en compararlo con los actuales.—Pruebas a* posteriori *de que subsistió la antigua legislación celtíbera.*

V *Renacimiento de la ley goda en las nuevas nacionalidades, durante el cual (siglos* IX *y* X*) es muy probable se confeccionó el Fuero Juzgo que conocemos, con los cuadernos de leyes de varios reinados. Oposición de la tradición popular.—Hechos que lo comprueban.—Persistencia del derecho céltico en los procedimientos: el penal.—Nuevas pruebas.*

VI *Los refugiados al otro lado de los Pirineos huyendo de los árabes.—Capitulación de Narbona a los francos y pacto de conservar la legislación propia y cuál era ésta.—Las tres legislaciones de la Septimania.—Preceptos de los emperadores franceses reconociendo la legislación personal de los catalanes.*

VII *Examen del Fuero Juzgo en cuanto a su confección y carácter.*

VIII *Escasos restos de la ley visigoda en el derecho catalán. Los Usajes de Barcelona.*

IX *Poca influencia de la frontera occidental durante la Edad Media.—Tentativa de Pedro IV de introducir el Código de las Partidas en Cataluña por motivos político-feudales.*

X *Unión de los reinos de la Península cuando los reyes Católicos.—Castilla funda la hegemonía de España.—No se nota la influencia del derecho castellano, salvo en contadas excepciones.—La ley de mayorazgos.—Las alteraciones en el derecho catalán sólo empiezan en la época borbónica.—El Decreto de Nueva Planta.*

XI *Durante el siglo* XIX *y la codificación.—Epoca constitucional de* 1808 *y* 1812.—*Discusión en las Cortes de Cádiz sobre la unidad de Códigos.—Los diputados americanos. Consideraciones a que se presta su conducta.*

XII *Exposición de la Audiencia de Barcelona en* 1815 *sobre el derecho romano supletorio.—Tendencias unitaristas.—Notabilísimo informe de los abogados barceloneses.—La escuela catalana en el derecho.*

XIII *Nuevas tentativas contra el derecho catalán.—El jurisconsulto Ramón Lázaro Dou al frente de la defensa.*

XIV *Primer proyecto de Código civil en* 1839.—*Código de* 1851.—*Ambiente de uniformismo francés: entusiasmo por el Código Napoleón.—La Revista de derecho. El Faro Nacional.*

XV *Oposición a estas tendencias.—Palabras notables de Gómez de la Serna.—La ley hipotecaria y la del Notariado.*

XVI *Período de la Revolución de* 1868 *y de la Restauración.—Alonso Martínez y la lucha que precedió a la publicación del Código civil actual.*

I. Por ser el territorio catalán el más oriental y extremo de la Península Ibérica, le llegaron con menor intensidad que a otras regiones españolas los elementos provenientes de las altas mesetas centrales de la Península Ibérica.

Ese macizo central dominaron los pueblos celtibéricos, y en parte, más al norte, los vascones; estos últimos ocupaban Navarra, Norte Aragón en España, y Foix, Bearn, Vascunia o Gascuña en Francia) y eran todos de razas indoeuropeas.

Apenas se tienen noticias ciertas de la historia de los celtíberos, y de su organización muy pocas; y aunque las excavaciones contemporáneas han puesto al descubierto los antiguos solares de famosas ciudades celtibéricas cual Numancia, y con ello ilustrado algo su vida social, sin embargo esta ni es nueva ni especial, porque, por ejemplo, la propiedad comunal de los arévacos, la dote de los cántabros que daba el marido a la mujer, son instituciones célticas, como celtas eran estos pueblos,

unidos con frecuencia a los lacetanos o ilergetes de Cataluña en las guerras, especialmente cuando Mandonio e Indíbil, llevados de la comunidad de raza y de afectos (1).

II. Siéndoles común a los de aquí en gran parte y a los del interior la civilización céltica de que ya traté, no hay para más ocuparse de ello. Pasaron todos por el universal dominio de Roma, y cuando el imperio se deshizo, vándolos, suevos y alanos se desbandaban por el centro y sur de la Península. Después entraron bajo otra dominación común, la de los godos. Un documento raro, las notas de la crónica de Idacio, nos comunica, con su lectura, la impresión de que en el territorio catalán no vinieron ni suecos ni vándalos, sino los godos, y éstos como aliados de Roma y aun para restaurar el dominio romano con Ataulfo (2). Había salido esta raza de godos de las tierras extremas septentrionales de Europa (Escandinavia actual y parte de Prusia), bajado a través de los pueblos del centro de Europa, y se había establecido a orillas del Danubio (Rumanía) (3).

Por esta unión de Ataulfo con Roma se debe entender que Cataluña propiamente no dejó de ser romana. Acaso hasta en tiempo de Eurico no dejó de serlo, si hemos de dar por sentado que con haber dominado este rey, pasando por Pamplona y Zaragoza, el norte de España, se acercó también al territorio de Cataluña (4) y además porque entonces, año 476, rota la unión (*fœdos*) con Roma, caído ya el imperio vino a establecerse autónomo y libre el estado visigótico, fijando su capital en Tolosa de Francia.

La primera legislación escrita que tuvieron los godos se publicó precisamente por Eurico, según San Isidoro: nueva muestra del poder de este rey, verdadero fundador de la monarquía visigótica en España; porque antes se regían los visi-

---

(1) Tito Livio, lib. 28, cap. 24.

(2) *Idaty episcopi chrónica*, párrafos 17 a 27.

(3) Hinojosa. *Historia general del derecho español*, Madrid, 1887, tomo I, pág. 346 a 348. Pérez Pujol. *Historia de las instituciones sociales de la España goda*. Valencia, 1896. Dalm. *Historia primitiva de los pueblos germanos y romanos en la Historia Universal de Oncken*, Barcelona, 1890.

(4) S. Isidoro. *Historia de regibus gothorum*. Enero de 466, «*Superiorem quoque Hispaniam in potestate sua mittit.*»

godos por costumbres y tradiciones (1), bien que parece que las primeras leyes se dictaron cuando Teodorico II (2).

III. La ley goda o visigoda era personal o de clase; regía, pues, entre los conquistadores y para las relaciones de éstos con los españoles o romano-hispanos, los cuales conservaron sus legislaciones particulares. Si se pregunta cuáles eran éstas, habrá que deducir serían las costumbres provinciales (*mos provincialis*), conjunto de tradiciones célticas y greco-sardas en Cataluña; los códigos Gregoriano, Hemogeniano, Teodosiano y las Novelas de Teodosio II, añadiéndose en las ciudades los decretos de las Decuriones.

IV. Mas a todo esto la dominación visigótica no se asentó en este país sino en los postreros años del reinado de Leovigildo (año 586), establecida entonces la corte en Toledo, pues atestiguan las monedas haber Leovigildo dominado acaso una gran revuelta de Cataluña y la Narbonense, por las monedas triunales que mandó batir con el nombre de Rhoda (hoy Castelló de Ampurias); de aquí que todavía se discuta si estas regiones conservaban aún entonces legislaciones particulares (3).

Preténdese que la obra unificadora del derecho español se completó durante el reinado de Chindasvinto. Buena parte de esta afirmación, hija del afán de equiparar tiempos y edades bárbaras con los nuestros para servir a determinadas opinio-

---

(1) *Sub hoc rege* (Eurico) *Gothi legum statuta in scriptis habere coeperunt, nam antea tantum moribus et consuetudine tenebantur.* (San Isidoro de Sevilla *Historia de regibus gothorum*, cap. 35.) Esto se ha interpretado, entiendo que con exageración notoria, en el sentido de que antes de Eurico existieron aisladas disposiciones y que entonces se llegó a la formación de un *verdadero Código Nacional*. Véase UREÑA, *La legislación gótico-hispana*, Madrid, 1905, pág. 182.

(2) UREÑA. *Discurso de recepción en la Academia de la Historia*, Madrid, 1909, pág. 22.

(3) *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la monarquía visigótica*, por Fernández Guerra, Hinojosa y Rada, tomo I, pág. 336.

UREÑA, *ob. cit*, pág. 220 y siguientes. GAUDENZI. *Una antica compilazione di diritto romano e visigoto*, Bolonia, 1886, pág. 187, nada menos atribuye a Leovigildo la gloria de haber dado un código a su pueblo, después de haber dominado a los suevos, fué el primero en proclamar su independencia del imperio de Oriente, batió moneda con su propio busto substituyendo a la del emperador y cita a este propósito el texto de S. Isidoro: «*In legibus* quoque ea quæ ab Eurico in condite constituta videbantur correxit, plurimus leges prætermissas adiciciens, prelarque superfluas auferens.»

nes políticas, se basa en una ley del Fuero Juzgo (1), pero a pesar de lo que han discutido algunos (2) no se ha demostrado que estas disposiciones no se refiriesen exclusiva y únicamente a la legislación personal de los dominadores, la nobleza goda, y que en cambio regían para las demás clases sociales, a parte de los judíos, las costumbres ibéricas y célticas y la legislación romana; algo parecido a lo que sucedió más tarde en Castilla con la ley sucesoria, diferente entre la nobleza y el pueblo. Yo dudo si son tales leyes un dique (como el que pretendió poner Jaime I al derecho romano en 1251) o si en efecto por ellas se abolieron los estatutos personales, los derechos diversos que hasta entonces existieran, separando a los oligarcas godos y a los pueblos indígenas por ellos dominados. Entiéndase todo esto del derecho civil, porque naturalmente debió ser común la ley administrativa y la política (3). La diversidad de los tiempos debe tenerse en cuenta, porque hay que creer en esto que las cosas no se pasaban como en los nuestros, porque, por ejemplo, bastará hacer presente que en los días de Chindasvinto y Recesvinto en que tales leyes se publicaban, un gran ejército de vascones se acercaba a Toledo, coincidiendo por cierto la invasión de éstos con el terror producido por una gran eclipse solar, según relatan los sencillos cronistas de la época (4). ¿Qué valor y eficacia podían, pues, ejercer estas leyes en la grandísima región de los vascones? Era tal región casi el Norte de España, como he dicho, y mitad de Aragón y países del reino godo del sur de Francia. ¿Qué

---

(1) Ley 8, lib. II, tít. I. Expresa que las leyes de otras gentes (*alienæ gentis legibus*) buenas eran para ilustrarse, pero prohibía su uso en los juicios, bastando las del Código visigótico (quæ codicis huius series agnoscitur continere) y excluía también las romanas (nolumus sive romanis legibus, seu alienis institutionibus amodo amplius convexari). Recesvinto en la ley siguiente impuso penas a los que prescindieran de las leyes de su libro, que acababa de publicar (librum qui imper est editus).

(2) CÁRDENAS, en los apéndices del tomo II de la *Historia de España* antes citada, pág. 427.

(3) Observan atinadamente los autores de la Historia antes citada, tomo II, pág. 340, que en este concepto algunas leyes sobre curso de monedas, sobre caza, etc., que en algunas se usa la fórmula *gothus seu quilibet*. Además, es muy significativo el verbo *convexari* que usa la ley (corromper, infestar), revelación de un estado de derecho firme y anterior pero que se corrompía por extrañas influencias de otros derechos.

(4) *Isidori Pacensis, episcopi epitome imperatorum et arabum una cum hispaniæ chronicon.*

valor para Cataluña y la Septimania sublevadas en el reinado siguiente de Wamba, cuando ardía aún la revuelta de los vascones?

Tampoco es acertado, equiparando aquellos tiempos con los presentes, que las diversas provincias o regiones dominadas por los godos estuviesen unidas a la manera que en el momento actual las que constituyen un estado cualquiera, según ya el historiador gallego ha observado (1). Por de pronto, ni la Narbonense ni Galicia entraban dentro de la España de entonces. Los historiadores coetáneos, los concilios (concilio XIII de Toledo), el mismo Fuero Juzgo, en una ley de Wamba (ley 9, tit. 2, cap. 8), lo revelan, cuando no las revueltas continuas, las más a pretexto de la elección del rey, en las cuales triunfaba unas veces el partido de la Narbonense, otras el de la Bética o el de Galicia o la España de entonces, y así a ocasiones procedían los reyes de uno u otro bando. Además, la escena política entre clérigos y nobles se desarrollaba; el pueblo era apartado y opreso; todo lo cual contribuyó por modo decisivo a la fácil conquista que hicieron los árabes cuando llamados por el bando de Witiza contra Rodrigo, *intervinieron* en auxilio de unos partidos contra otros; hasta que algún tiempo después, en tiempo de Muza, vista la debilidad de todos se alzaron los árabes con el dominio de los pueblos de la península, los cuales cuando abrieron los ojos a la realidad y se sublevaron en Sevilla, Toledo y otras ciudades, resultó inútil intento de libertad por demasiado tarde. ¿Cómo imponer un derecho civil durante tal desconcierto? Y si llegó a dominar uniformemente, ¿cómo se explica la subsistencia del derecho no godo en años que siguieron a la dominación de los árabes después de caído el reino de los godos en la batalla de Guadalete?

Razón sería que bastase todo lo dicho para comprender que no existió una aplicación general uniforme y eficaz de la legislación civil visigoda a este país catalán, pues apenas se sujetó a la política y administrativa, en medio de tantas

---

(1) Murguía. *Historia de Galicia*. Coruña, 1888, tomo 2.°, pág. 177.

turbulencias; pero vuelvo a insistir que lo que sucedió en los años siguientes a la entrada de los árabes, al renacer con la reconquista las viejas nacionalidades con todo su vigor hasta formar estados independientes, es la mejor demostración y más clara de la existencia continuada de las antiguas instituciones civiles.

V. Es curioso, además, lo que ocurre en los tiempos de la reconquista. Es algo importante y mal estudiado por los historiadores. Se muestra entonces por otra parte una resurrección del derecho visigodo, como si hallándose faltas de leyes propias las nuevas nacionalidades y deseando no acomodarse a las leyes de los francos, y empeñados en esto la nobleza y el clero de origen godo, resucitan la tradición goda; hasta el punto que es muy probable que el mismo Fuero Juzgo, tal como nosotros lo conocemos, se confeccionó y dió nombre en los siglos IX y X, durante la reconquista, agrupando los cuadernos de leyes de Chindasvinto, los de Leovigildo, Sisenando y aun las *leyes antiguas* de Eurico (1). Pero a pesar de este empeño, que debió ser principalmente del alto clero y alta nobleza de sangre goda, la opinión seguía las antiguas tradiciones en punto a la organización judicial y conservaba las prácticas célticas y germánicas en los juicios. Así en 843 se reunió un *mallo* o *mallum* en la ciudad de Ampurias (2), para fallar ciertos asuntos; esta era asamblea desconocida en la ley goda, aunque se da el caso de que sirven de fundamentos jurídicos de la sentencia que dictaron, el Fuero Juzgo y la Biblia. Los *mallum* o asambleas, donde acostumbraban los hombres de condado comparecer armados y montados, subsistían también en Galicia, donde se ha asegurado

---

(1) Esta opinión ya la indicó FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, *Historia del derecho real de España*, Madrid, 1821, citado por UREÑA. *Discurso de recepción en la Academia de la Historia*, Madrid, 1909 y los autores de la *Historia de España* antes citada, quienes sin duda por mano de Hinojosa escribieron que no andan desacertados los que esto opinaron (pág. 362 del tomo II). SAVIGNY. *Storia del diritto romano nel medio evo*, trad. italiana, Turín, 1843, tomo I, pág. 324, opina es de la época de Witiza, pero antes de la caída del reino visigótico. Yo entiendo que corrobora la primera opinión el nombre *fuero o forum* en lugar de ley, que revela la Edad Media o época de los siglos XI, XII y XIII.

Finalmente, todos los códices que sirvieron para el actual texto corresponden a los siglos X al XIV. Los códices de Saint-Germain-des-Près siglo VI, el del Vaticano siglo VIII y otros de París siglo IX, contienen sólo el cuaderno o la *lex antiqua* de Eurico, sin libros, ni títulos, ni ampliaciones.

(2) MARCA. *Marca hispánica*, ap. XVII.

que el derecho godo no entró sino durante la reconquista (1). Las pruebas por agua caliente, por batalla o desafío, y por medio de párvulos muertos que se desenterraban, y el conato de desafío judicial entre el conde de Ampurias y la condesa Ermesindis de Barcelona y los duelos judiciales del fuero singularísimo de Teruel; y otro tanto en Burgos, Navarra y Aragón, en la forma que en el capítulo segundo de esta sección queda explicado, proclaman que las instituciones primitivas permanecían y que la avalancha de las legiones visigodas, pretorianas del imperio romano, no cambió el fondo étnico ni el jurídico de España.

Pues en este estado de conservación los reyes al otorgar las primeras cartas pueblas se veían obligados a aceptar este derecho popular (carta puebla de Figueras, Cardona y otras) y asimismo en los fueros (2).

En Castilla, cuando se trató de codificar su legislación, Alfonso X tuvo que reconocer este estado de cosas primitivo (3).

VI. Finalmente se ha supuesto que en la Narbonense y Septimania se conservó el Fuero Juzgo con la población goda acorralada allí por los árabes y que para conservarlo aun

---

(1) MURGUÍA. *Historia de Galicia*. Coruña, 1888, tomo 3, pág. 325. Sucede en Galicia lo que en Cataluña con el *mallum* y otras instituciones, la *faida*, las ordalias, etc. Conservóse allí todo esto, y aun existieron, según Murguía y el mismo Danh, unas leyes suevas distintas de las leyes godas.

(2) Es muy raro lo que ocurre con la llamada carta puebla de Cardona, que aunque imponen a los habitantes, sin duda los obispos que la firman con el conde Borrell (año 986) la legislación canónica y la goda *en cuanto fuese posible*: «Et stabitis in dilectione Dei in legem directam et justitiam rectam *in quantum possitis* secundum canonem et leges Gotorum», sin embargo todo el documento está lleno de preceptos de derecho céltico o germánico primitivo, como la composición de los delitos, y la venganza más o menos expresa. Publicada por VILLANUEVA, *Viaje literario a las iglesias de España*, tomo VIII. BOFARULL, *Historia crítica de Cataluña*, Barcelona, 1876, tomo II, apéndice.

De Cardona, sin embargo, salió uno de los más antiguos ejemplares del Fuero Juzgo que se conocen.

(3) En la introducción del *Fuero Real* y del *Especulo* manifiesta Alfonso X: «Entendiendo que la mayor partida de nuestros reynos no hubieron fuero hasta el nuestro tiempo y juzgabase por fazañas, e por alvedrios de partidos de los homes, e por usos desaguisados sin derecho, de que nascian muchos males...» No menciona las leyes godas.

«Todos los escritores, dice Hinojosa, que conociendo el derecho germánico se han ocupado del de los Estados cristianos de la Península Ibérica en la Edad Media, han notado al primer golpe de vista la existencia, en las fuentes del derecho español pertenecientes a la época que sigue a la invasión arabe, de instituciones jurídicas desconocidas o combatidas por la *lex visgothorum*. Casi todos los eruditos que han fijado su atención sobre tal hecho, le han explicado naturalmente como signo de subsistencia de un derecho visigodo consuetudinario opuesto en varios puntos al que en la *lex* se contiene.» HINOJOSA. *El elemento germánico en el derecho español*, Madrid, 1915, pág. 7.

pusieron por condición se respetase a los godos o habitantes de Narbona cuando ofrecieron degollar la guarnición árabe y abrir las puertas de la ciudad a los francos, año de 758, reinando Pepino (1): primera y gallarda manifestación de autonomía legislativa al empezar la reconquista. Mas en los años después se observa, contra de dicha opinión, regían en Septimania tres derechos: el romano céltico para los indígenas, el godo para los godos y la ley sálica para los francos (2).

Parece a primera vista inverosímil la coexistencia de tres legislaciones en un mismo territorio, pero los conquistadores y dueños temporales no habían de preocuparse de ello cuando Roma, con ser más fuerte y con dominio más largo, no logró la uniformidad.

Con expresiva frase ha dicho Massot Reynier: «En aquellas antiguas edades ninguno (de los conquistadores) se inquietaba

---

(1) Vale bien la pena de trasladar, en caso tan particular, el texto íntegro de la vieja crónica:

«Anno DCCLVIIII Franci Narbonam obsident, datoque sacramento Gotis qui ibi erant, ut si civitatem partibus traderent Pipini, regis Franchorum, *permitterent eos legem suam habere*: quo facto, ipsi Goti Sarracenos, qui in presidio illius erant, occident ipsamque civitatem partibus Franchorum tradunt. *Annales Anianos*, MARCA, *Marca hispánica*, col. 239.

(2) Los benedictinos DEVIC y VAISSETE, *Histoire générale de Languedoc*, Tolosa, 1872, tomo I, pág. 530.

Se ha interpretado que así en el precepto que en Tolosa (Junio de 844) dictó Carlos el Calvo, en que refiriéndose a estas regiones deja a sus habitantes que se rijan *secundum eorum legem*, excepto en el penar los delitos de homicidio, rapto e incendio, como en el texto de la crónica referente a la rendición de Narbona (*legem suam habere*), se trataba exclusivamente de las leyes godas (MARCA, col. 240 y 304; SABATÉ, *Essai sur les sources du droit des comtés de Roussillon et de Cerdagne jusqu'en* 1344. Perpiñán, 1899, págs. 29 y 30). Se observa que en otra crónica que cita Marca se dice: «Facta pactione cum Francis quod illic Gothi *patriis legibus moribus paternis* vivant» y que en el precepto de Carlos el Calvo por dos veces, con empeño especial, se salva el derecho peculiar de los españoles refugiados al sur de Francia: «Sed liceat ipsis *secundum eorum legem* de aliis hominibus judicia terminare, et præter hæc tria (dichos tres delitos) et de se et de eorum hominibus *secundum propriam* legem omnia mutuo definire.» (BALUCIO. *Capitulares*, tomo II, c. 28.)

Me parece claro, por lo que respecta a lo de Narbona, que llame la crónica godos a los habitantes de la ciudad, por pertenecer ésta a la región llamada *Gotia* y en oposición a los francos; de modo que de la simple denominación en estas condiciones es exagerado deducir que las leyes especiales que la ciudad quiso conservar eran las leyes godas; y en cuanto al precepto a favor de los hispanos, huéspedes u *hostolenses* refugiados en la Septimania, era ocioso repetir por dos veces el reconocimiento de la legislación propia, si ésta hubiese sido la visigoda, que ya regía, según dichos autores aseguran, en la Septimania; el reconocimiento sobraba en este caso y su repetición no se comprendería; pero el criterio, respetable por ser de Marca, ha sido seguido por los autores roselloneses, especialmente FOSSA, *Observations historiques et critiques sur le droit public de la Principauté de Catalogne, etc., du Comté de Roussillon*. Perpiñán, 1770, notas 108 y 109 y SABATÉ en la obra citada.

del derecho que seguían en sus relaciones privadas los hombres de sus tierras, porque entonces no se veía, como ahora, una legislación civil nacer en un instante o desaparecer de golpe. Se nacía en un derecho, se heredaba una ley, se la recogía como una herencia de familia independiente de la acción de las autoridades públicas; y aun hubo un tiempo en que a la vez se gozaba como atributo esencial de una persona y como producto indirecto de la tierra» (1).

Correspondía esto, por otra parte, con el hecho de ser la población hispana, la que pasó los Pirineos y estableciόse en la Narbonense, compuesta de romanos, indígenas y godos. Dan testimonio de ello los nombres que figuran en una capitular (año 812) de Carlomagno, hallada en los archivos de Narbona. Ella explica que acudieron al emperador unos españoles *huéspedes* (hostelenses) de la Narbonense en reclamación de derechos sobre tierras que habían cultivado por *aprisión* y tenían por prescripción de treinta años; los reclamantes, a quienes acogió benignamente el emperador, unos tenían nombres latinos, según firmaron el documento, como Juan, Martín, Esteban; otros nombres godos, pues tales considero los de Atila, Fredemiro, Egila, Walda y Witerico, y finalmente indígenas catalanes como Gomis, Castellanus, Amancio (2).

Así se explica que, después de reconquistada Cataluña por los emperadores franceses, Carlomagno y Ludovico Pío, del dominio de los árabes, fué reconocida la *ley personal* de los catalanes, a quienes se llamó godos o hispanos en términos generales (3); sólo se reservó la jurisdicción del conquistador o de sus condes, el derecho público penal para ciertos delitos; mas en el resto continuaron los catalanes su autonomía como antes venían usándola (4).

---

(1) *Les coutumes de Perpignan. Montpellier*, 1848, introducción, p. XXXIX.

(2) Publica este documento BALUCIO. *Capitulares regum francorum*, tomo I; DEVIC y VAISSETE, *Hist. de Languedoc*, tomo II, p. 74, pruebas.

(3) «Karoli seu genitori nostro Hiludovici autoritatem imitantes Gothos sive Hispanos intra Barchinonam famosi nominis civitatem...» Precepto de Carlos el Calvo, 11 junio de 844. BOLUCIO. *Capitulares regum francorum*, tomo I.

(4) «Ceteras vero minores causas *more suo sicut hacteuns fecisse* noscuntur, inter se mutuo definire justicias faciendas quales inter se definire possunt...» Precepto de Ludovico Pío, año 815, BALUCIO, *Capitulares*. DEVIC y VAISSETE, *Histoire générale de Languedoc*, Tolosa, 1885, tomo II, pruebas, diploma 33 y ap. 119, pág. 243.

VII. A no haberse colocado al Fuero Juzgo en categoría de primer Código nacional, no alcanzara los elogios ni se le atribuyera la importancia que aparece o resulta de su simple lectura, para quien no distingue de tiempos y cree que su eficacia fué la que revisten los Códigos en los estados modernos. La ciencia hoy no comparte esos elogios sino con grandes reservas.

Desde luego su estilo grandilocuente, que motivó burlas de Montesquieu, no cuadra a un período de retroceso como el de la monarquía visigoda. Quien se haya habituado algo a leer directamente los monumentos bárbaros, o sea lápidas, monedas, leyes, crónicas y documentos, llega poco a poco al convencimiento de ser el *Forum judicum* (tal como hoy le conocemos) una obra mixtificada, labor de un ingenio culto, acaso un eclesiástico que en época desconocida lo redactara sobre textos de verdaderas leyes bárbaras. Estas leyes, primitivas, y originales muchas de ellas, resucitan en los palimpsestos, son así las encontradas por Kunst; y se ofrecen entonces, por ejemplo, ordenadas en capítulos cual las otras leyes bárbaras y no en libros y títulos como en los ejemplares corrientes del Fuero Juzgo. Además, comparándolo con ellas desde luego se ven alteraciones, redacción nueva, ampliaciones, y en suma el Código acaba por resultar lo que realmente es, una obra no directa, sino arreglo.

No es tampoco el Fuero Juzgo la expresión exclusiva del derecho godo (1). De sus componentes de derecho indígena se ha dicho: «Al lado de la ley escrita, mantiene su fuerte y arraigada existencia en la España goda el derecho consuetudinario. El *Liber judiciorum* aparece rodeado de una atmósfera saturada de antiguos usos y costumbres bárbaras, algunas de éstas contrarias al derecho establecido y que en vano trataban de suprimir o por lo menos de neutralizar las influencias romano-cristianas predominantes en la legislación», y añade el mar-

---

(1) UREÑA. *La legislación gótico-hispana*, Madrid, 1905, pág. 32, ha dicho: «Al contacto del derecho germánico resurge de su tumba el derecho celtibérico. Y el uno para los vencedores y el otro para los vencidos, dibujan instituciones similares en el mismo y uniforme fondo de la legislación romana. La dote cántabra y la dote germánica; la comunidad económica del matrimonio celtibérico y los gananciales visigóticos; la matria potestad de las antiguas tribus hispánicas y la autoridad

qués de Pidal: «El Fuero Juzgo, tal como ha llegado hasta nosotros, no representa el verdadero estado de la legislación y de las costumbres de la época en que se escribió, con la fidelidad que se cree generalmente... Así es que apenas se verificó la irrupción de los sarracenos y se destruyó con ella el influjo de las nuevas leyes, la nación volvió a sus antiguos usos» (1).

¿Pero cuántas y cuántas modificaciones debieron introducir en los cuadernos de las leyes godas al compilarlas y ordenarlas por títulos y libros a la moda justinianea los autores del Fuero Juzgo tal cual hoy le conocemos? (2).

De su escasa cuantía en el derecho catalán dan testimonio los Usajes. Con las ordalias, las composiciones (*antequam usatici essent*, etc., etc.) *viendo que las leyes godas no podían observarse* (Usaje *Cum dominus*) forman un amasijo de prácticas y disposiciones de diversas procedencias, muchas de derecho romano sacadas de las *Exceptiones Legum Romanorum* y fueron aprobadas en la asamblea que reunió Ramón Berenguer el Viejo en el siglo XI, y sólo figuran unos 15 fragmentos más o menos auténticos del Fuero Juzgo (3). Pero la verdad es que constituído el estado catalán en plena Edad Media, pudo decir uno de nuestros juristas que toda la influencia del derecho godo venía reducida a bien poca cosa, o sea a puntos sin importancia y derogados, como sucedió con la legítima (4), y otros como el testamento sacramental, que si bien tiene ley expresa en el Fuero Juzgo, es de origen romano, como se explicará más adelante.

---

tutelar de la madre de la familia goda; el Consejo o junta de parientes en nuestro derecho primitivo y en la legislación germánica.»

(1) Pidal. *Lecciones sobre la historia del Gobierno y legislación de España.* Madrid, 1880, pág. 299.

(2) No hay dos ediciones o Códigos del Fuero Juzgo iguales, y reina la mayor algarabía. Una ley de origen germánico sobre la prueba del agua caliente, es evidente injerto en el cuerpo de un derecho contrario a semejantes medios probatorios; otra ley sobre pruebas, clara, precisa, de forma semibárbara, que se cita en la sentencia dada en Ampurias en 843, que antes recordé, está amplificada y confusa en el Fuero Juzgo.

(3) Abadal y Prim, *Textes de dret catalá* o siguiendo a Ficker.

(4) Mieres, dice: «Et nota quæ lex gotica hodie non servatur in Cathaloniæ nisi in casibus; unus est de prescritpione xxx annorum; alius est de comparatione literarum tertius est quod res non cadit in commissum propter cessationem canonis; quartus est in testamentum sacramentalis, quintus erat in legítima.» Appa-ratus collatio 5.ª, cap. 28.

A esto vino a parar, por lo que respecta a la frontera occidental, el elemento visigodo en nuestro derecho.

IX. Mas la grande, la avasalladora influencia que entró por nuestras fronteras occidentales para alterar el derecho y aun toda la civilización catalana, se manifiesta estrepitosa y exuberante en tiempos más modernos o sea después de la unión de los reinos de la Península Ibérica bajo el solo cetro de los llamados Reyes Católicos. Porque de todo el curso de la Edad Media catalana, siglos XI, XII, XIII, XIV y XV, acaso sólo debiera señalarse aquella endiablada tentantiva, como muchas de Pedro el *Ceremonioso*, de introducir el Código de las Partidas en Cataluña para alterar, con fines de dominación monárquica, el régimen feudal, más autónomo aquí que en Castilla (1).

Desde los Reyes Católicos, unidas las coronas de Aragón y Castilla, empezó a infiltrarse la civilización central de España en todos los órdenes de la vida catalana, y sería recordar lo demasiado sabido que durante el gobierno de la dinastía de Austria, los usos, costumbres, idioma, ideas y preocupaciones de Castilla se impusieron por medio de los virreyes y gobernantes, por las órdenes religiosas castellanas y también por el favor que a las cosas de Castilla dió el descubrimiento y dominio exclusivo de las Indias de América y Oceanía.

Por vía de excepción y como resultado de la influencia del derecho castellano, dominando en las alturas del poder, se citarán algunos episodios debidos al nuevo estado social, como por ejemplo en la nobleza de nueva creación los privilegios y títulos que concedieron los Austrias que, en la forma que lo hicieron a algunas casas catalanas, condujeron a aplicar en Cataluña la legislación de Mayorazgos, aquí desconocida, y siquiera fuese por vía de doctrina, la de los autores castellanos; y aun la misma ley 40 de Toro, porque no había ley romana ni catalana para el caso (2).

---

(1) Véase COROLEU: *Proyecto de adopción del Código de las Partidas en Cataluña en el siglo XVI.* Revista *La España Regional*, cuad. 16. Barcelona, 1887. ABADAL Y VINYALS, *Las Partidas a Catalunya durant l'edat mitja.* Barcelona, 1914.

(2) PEGUERA, Dec. 115. FONTANELLA, *De pactis*, cl. 5, gl. 1, p. 2, n.° 109. Así se discutió en un famoso pleito de la casa de Santa Coloma. *Discurso jurídico por*

En términos generales, Castilla con sus riqueza y poderío y su literatura admirable, fundaba la hegemonía de España; sin embargo, una fuerza natural de desvío y desintegración rechazaba este fundente social, y donde con más tenacidad y severidad se manifestaba era, por lo que toca a Cataluña, en el campo de las ciencias jurídicas tal repulsión, por el temple especial de nuestros jurisconsultos, y sobre todo porque el ideal del derecho, en aquellos siglos, se llevaba todas las aficiones y se cifraba en el conocimiento y aplicación universal del derecho romano y del canónico, y no del castellano.

Propiamente, la gran influencia castellana en el derecho civil catalán comienza con la dinastía borbónica; Felipe V ordenó en nuestra curia el uso de la lengua castellana, y por unas leyes castellanas, el Decreto de nueva Planta, y las sucesivas que se dictasen, hubieron de resolverse las cuestiones de derecho civil catalán; de suerte que desde entonces se introdujo una tercera legislación supletoria de la nuestra propia, a saber el derecho general de España, que de hecho venía a ser el de Castilla.

Esto no obstante, transcurrió el siglo borbónico, el siglo XVIII, sin que se observasen grandes estragos de esa influencia en el organismo de nuestra legislación catalana, y en honor de la verdad, aunque la escuela jurídica cervariense honraba de vez en cuando con citas y aplicaciones al derecho castellano, y sobre todo al derecho llamado Real de las pragmáticas y decretos de los reyes de España, todavía la veneración por el derecho canónico y el entusiasmo romanista por otro lado, y el respeto a la tradición del país, contuvieron los avances del centralismo en los estudios jurídicos de los profesores de Cervera.

Los abogados en general eran refractarios a mudar la tradición curial: por más que en las bibliotecas, en los estudios o bufetes, como en la mesa de las aulas de la Real Audiencia, esto último por disposición expresa de Felipe V, al lado de las

---

el Excmo. Sr. D. Artal de Alagón, Barcelona, 1691 y la *Alegación jurídica por el Ilmo. Sr. D. Pedro de Alagón arzobispo y obispo de Mallorca*, Barcelona, 1691. Idem por Doña Laura de Alagón y de Cardona. Idem el marqués de Castellnou.

Constituciones figuraba el libro de la *Nueva Recopilación* (1), o sean las leyes de Castilla.

XI. Mas era ya llegado, y con él grandísimas novedades en todos los órdenes, el siglo décimonono.

La amplia invasión del derecho castellano en el catalán se ha desplegado intensamente merced a dos causas fundamentales: la codificación y el espíritu de hegemonía castellana predominando y aun formando la nación española; que antes en realidad no existió durante la dinastía borbónica y mucho menos con el imperio de los Austrias.

En el artículo 96 (en un principio fué 87) de la Constitución de 1808, proclamó la asamblea de Bayona que «las Españas y las Indias se gobernarán por *un solo Código de leyes civiles y criminales*». Por cierto que al aprobarse, en sesión de 27 de junio de 1808, los diputados «todos unánimemente convinieron en que se ponga la expresión *y criminales*» (2).

A su vez la Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 258 (que al discutirse era el 257) estableció: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, *sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.*» Bien vale la pena de honrar estas últimas palabras, como que ellas son la prueba más patente de que los legisladores de Cádiz, a pesar de todo, no se dejaron llevar de un uniformismo ciego, pues por algo había entre ellos graves jurisconsultos, excelentes conocedores de las varias legislaciones civiles de España; y corrobora esta moderación del principio general lo ocurrido en cierta sesión de 21 de noviembre de 1811, al discutirse dicho artículo, y fué lo siguiente:

Un diputado americano dijo que aquello equivalía a dejar ancho boquete abierto en el proyecto de unificación

---

1) *Ordenanzas de la Real Audiencia del Principado de Cataluña mandadas imprimir por Su Majestad.* Año 1742, cap. 550: «Que las referidas Ordenanzas se impriman luego, y se ponga un ejemplar de ellas en cada Sala de la Audiencia, y asimismo la Nueva Recopilación, el Real Decreto de Nueva Planta, las Constituciones de Cataluña y Santo concilio de Trento.»

(2) *Actas de la Diputación General de Españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808.* Madrid, 1874, pág. 39. Sacado de los papeles reservados del Palacio de Madrid.

de las leyes, boquete por el cual «el antojo o el error obstinado de mil descontentos, que mal hallados en esta Constitución y guiados *del espíritu de provincialismo*, lejos de uniformar pretenden por el contrario mantener a todo trance prácticas y costumbres que si, en otro tiempo acaso han sido laudables, no servirán en adelante más que *para debilitar o romper el sagrado vínculo que debe unir a todos los españoles*».

Debo observar, de paso, que a la vuelta de pocos meses, quienes tal preconizaban rompían «el sagrado vínculo que debía unir a todos los españoles» declarándose independientes en América y separándose de España; y en cambio los *del espíritu de provincialismo*, en aquellos luctuosos días salvaron a la nación gracias a su personalidad enérgica, conservada en gran parte por la poderosa savia e influjo de sus antiguas leyes civiles. Es de notar que un individuo de la comisión, Leiva, salió al reparo del uniformismo del diputado americano, diciendo que él y sus compañeros, «considerando que algún pueblo de la Península o Ultramar, por circunstancias particulares, podía exigir algún estatuto (que no necesitan otros) para su propio bien, ha entendido que sería necesaria alguna clase de variaciones. La ría de Bilbao, por ejemplo, dará ocasión en el Código comercial a ciertos cánones que no sean útiles ni aplicables a todos los pueblos de la Península o ultramarinos. *Hemos estado muy lejos de creer que puedan hacerse leyes que impidan la prosperidad de alguna provincia de la monarquía*» (1).

XII. Poco después, o sea en 1815, so pretexto de sí debía regir como supletorio el derecho romano en Cataluña (materia fuera de toda discusión después de lo ordenado expresamente en las Constituciones), los magistrados de la Audiencia juzgaron conveniente elevar a Fernando VII una exposición, tomando pie de una instancia del alcalde mayor de Figueras, para que «en vista del abuso que seguían los letrados de citar las leyes romanas con pretensión de que se fallasen los pleitos por ellas, antes que por las generales del reino, hiciese S. M. la declaración más conveniente» (2).

---

(1) *Diario de Sesiones de las Cortes de* 1810 *a* 1813. Madrid, 1870, pág. 2306

(2) Bienvenido Oliver. *Estudios históricos sobre el derecho civil en Cataluña* Barcelona, 1867, pág. 66.

Pasó la instancia al Consejo de Castilla, en quien pudo más la prudencia que la afición en reforma de tanta monta, y acordó se oyera ante todo al Colegio de Abogados de Barcelona; y como este colegio en aquella fecha estaba disuelto, facultóse a la Audiencia nombrase letrados de su confianza para informar acerca del derecho supletorio de Cataluña. Fueron éstos, y su nombre debiera perpetuarse en mármoles, D. Agustín Támaro, D. Francisco Tomás Ros, D. Juan de Batlle y D. Juan Francisco Besora.

No le salió muy a su gusto a la Audiencia el informe, y era de esperar que así sucediese. Se trataba del derecho romano cuando privaba por completo la escuela de Cervera, la cual opinaba ser el derecho romano todo el cuerpo de nuestra legislación civil, y en cambio el indígena y la costumbre poco menos que excepciones de aquél; pero si la Audiencia podía creer que se dirigía a abogados entusiastas de las leyes romanas, como discípulos que eran todos de Cervera, no podía sospechar que con este motivo se formulase *un criterio que por sí solo es toda una escuela*, es la escuela positiva catalana, como explicaré más adelante, amiga de la variedad, como varias son la historia y civilización de los pueblos, enemiga de la ley como precepto imperante nacido de la voluntad caprichosa del legislador, amiga de la elaboración de la ley como declaración y sanción de un estado de hecho social, manifiesto, fijo y no transitorio, llamado costumbre; y no alterando la paz y la armonía de intereses fundamentales con disposiciones apriorístas o copias de derechos extranjeros.

Primera manifestación que en el siglo XIX se hizo a favor de la conservación del derecho civil catalán, fué la defensa de aquellos abogados; basta leer las siguientes notabilísimas afirmaciones en los primeros párrafos de ella:

«La experiencia y la historia de todas las naciones prueban e instruyen que los hombres varían más fácilmente de dominación que de leyes y costumbres. Los pueblos, ya libres, ya conquistados, se han preocupado siempre, o por medio de ruegos y súplicas a sus gobernantes, o por medio de capitulaciones y tratados con sus conquistadores, de la conservación de su legislación civil con sus antiguos usos, como un medio por

el cual se conservan mucho mejor los vínculos más respetados de la autoridad y de la obediencia.

»De ahí nace que la primera atención de los legisladores es, y ha sido siempre, el conocimiento de las leyes y costumbres envejecidas de los pueblos, bajo las cuales han vivido con tranquilidad las familias, cuya reunión forma la gran masa del Estado; de ahí la razón de no ser acomodadas unas mismas leyes y unas mismas costumbres a todos los países y a todos los tiempos, sino que es preciso atender a la diversidad de circunstancias, de clima, de genio y aun de antiguas habitudes guardadas por los pueblos desde largos siglos...

»Las necesidades de los hombres en el trato civil son tan variables, su comunicación con los demás hombres tan activa, sus intereses tan multiplicados, sus relaciones tan extendidas, que es imposible al legislador más sabio y más atinado preverlo todo, prevenirlo todo, encadenar las acciones de los tiempos, oponerse al curso de los acontecimientos, o a la habitud insensible de las costumbres, conocer y calcular anticipadamente aquello que la experiencia sólo puede descubrir; en una palabra, la previsión, por más perspicaz y penetrante que sea, jamás puede extenderse a objetos y acontecimientos que el pensamiento no comprendió.»

XIII. De aquí no pasó la tentativa que tan gallardamente resistieron los abogados. Pero ya en 1820 volvieron en su empeño los enemigos del derecho catalán, y en la propia forma de pedir la substitución del derecho supletorio romano-canónico por las leyes generales del reino, mejor dicho por la legislación de Castilla. Se pidieron informes a la Audiencia territorial, cuyos magistrados, por mayoría, suplicaron la conservación del derecho romano-canónico y lo propio entendieron los más de los Ayuntamientos del Principado a quienes se consultó; mas sirvióles de pauta un dictamen notable que publicó don Ramón Lázaro Dou (1). Este jurisconsulto, presidente que fué de las Cortes de Cádiz en 1810, y cancelario de la Universidad de Cervera, con la autoridad de sus prestigios, iba al frente del movimiento de resistencia; éste, iniciado entonces, ha durado hasta

(1) Véase Oliver, obra citada, págs. 94 a 107.

nuestros días; vigilante y prevenido Dou, que conocía mejor que otros jurisconsultos catalanes las tendencias de los políticos y hombres de gobierno de España, con quienes había convivido, les salió al paso a cada nuevo avance. Así lo hizo en 1829, que con pretexto de la ley agraria corrieron peligro los *establiments* o enfiteusis catalanes (1).

La idea de la unidad de Códigos, aspiración de los legisladores de Cádiz, incluyóse en el programa del partido constitucional, acaso más para copiar el patrón francés que por odio a las legislaciones no castellanas; y así no es raro ver en 1820 ocuparse las Cortes en nombrar comisiones codificadoras, y aun parece llegó a redactarse el primer libro de un proyecto de Código civil. La idea de codificar el derecho civil se había generalizado, porque se vió como también bajó el régimen absolutista, o sea en 1833, nombró Fernando VII al jurisconsulto Manuel María Cambronero para que redactase un Código civil español (2).

Y es que el propósito de codificar, para uniformar, dejaba de ser político, liberal o servil, para sumarse a la impetuosa corriente de influencia centralista que se formó durante aquellos años. De entonces data la división de España definitivamente partida en provincias, llevando a la práctica lo que sólo se iniciara en 1812; perdió Cataluña su Diputación única, como en 1822 desapareció su legislación penal, y en 1829 su derecho mercantil propio; de esas épocas (1834) también data la constitución del Tribunal Supremo (o sea el Tribunal único de casación como se llama con más propiedad en otras naciones); y desapareció la libertad singularísima que tanto apreciaron nuestros antepasados de que los pleitos y causas no saliesen, para su fallo, del territorio de Cataluña.

A todo esto estalló una guerra civil infernal, guerra en la que, a pretexto de un pleito sucesorio a la corona de Fernando VII, lucharon el tradicionalismo y el elemento religioso

---

(1) Dou. *Conciliación económica y legal de pareceres opuestos en cuanto a laudemios y derechos enfitéuticos.* Cervera, 1829.

(2) Montero Ríos, prólogo a la obra de Navarro Amandi *Código Civil de España*, Madrid, 1880.

contra la revolución y las nuevas ideas. En ambas crisis se forjó la moderna nación española uniformada y centralizada.

XIV. Por esto nació precisamente en este período el primer proyecto completo de Código civil, presentado a las Cortes el año 1836, que no llegaron a discutirlo; y en 1839 fué tomado de nuevo con empeño, para su reforma e inclusión en él de los principios de leyes recientes; mas de nuevo suspendida esta tarea, acabaron los juristas políticos de la Corte por convenir en la necesidad de crear un organismo permanente con nombre de *Comisión general de Códigos*, de la cual al cabo de pocos años salió el llamado Código civil de 1851, porque fué presentado al Gobierno en 5 de mayo de dicho año.

¿Qué he de decir de este Código, que con desenfado sin igual declaraba muertas y derogadas todas las legislaciones, usos y costumbres anteriores, aunque no fuesen contrarias a lo que él disponía? La ridícula jactancia sube de punto si se detiene a observar la redacción de su último artículo en que tal ordenaba, y el comentario que añadía su comentarista, a quien se debe hoy conozcamos este Código, comentario en el cual se caía en el ridículo de comparar esta disposición con la que dictara Napoleón I, aunque el caso era algo distinto y en verdad resultaba la comparación quijotesca (1).

Con semejantes propósitos y orientaciones, es natural que se revelara por todos lados en esa desgraciada obra jurídica el Código francés, y así decía Cárdenas que para hilvanar el Código español «se han puesto a contribución los mejores Códigos extranjeros y particularmente el de Francia, que ha servido de modelo a casi todos los que recientemente se han hecho en Europa» (2).

Mas hay que convenir que el ambiente, la opinión general entre los profesionales, estaban de parte de la codificación (3).

---

(1) García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852, tomo II, pág. 341, artículo 1992.

(2) Cárdenas: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil en España y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el proyecto del Código civil*. Madrid, 1852, pág. 239.

(3) En Cataluña, sin embargo, encontró oposición el proyecto de 1851, por las alteraciones graves que proponía sobre todo en el régimen sucesorio, siendo notable a este propósito la *Exposición que elevan a S. M. la Reina algunos hacen-*

Abriendo al azar una revista jurídica, la que más en boga estuvo en aquella época, encontramos, por ejemplo, lo siguiente:

«A la manera que bajo el gobierno de Napoleón I en Francia se promulgó un Código civil a principios del siglo actual, muchos años ha que el gobierno constitucional de doña Isabel II trabaja en la confección del Código civil... Empresa difícil según todos es unificar la legislación de la monarquía española, dividida hasta tiempos no muy remotos en tantos reinos como provincias; y punto menos que imposible borrar de una plumada el carácter peculiar, la historia y las costumbres de sus habitantes. Esto sólo es dado a un hombre tan grande como Napoleón I... Igual a aquella conquista está próxima a obtener otra en España nuestra amada Reina doña Isabel II, conquista que hará brillar su diadema con un torrente de luz» (1). En el número de 2 de mayo de 1863, las primeras líneas de un artículo doctrinal eran las siguientes: «De lamentar es que nuestra legislación actual, además de lo oscura, confusa y esparcida que está en distintas colecciones legales, tenga también **la especialidad monstruosa** *de que en algunas provincias de la monarquía rigen fueros sancionados por costumbre o privilegio, los cuales modifican la legislación general y hacen imposible el dominio absoluto de una sola.*»

XV. Pero a pesar de todo, de esa opinión de la *turba multa* letrada, no participaban de ella aún en Castilla pensadores insignes; es más, la rechazaban; acaso a esto se debió que el gobierno presidido por Bravo Murillo no se decidiese a llevar adelante la unificación por medio del Código de 1851. Estas discrepancias se pusieron de manifiesto en la discusión de las leyes de Enjuiciamiento civil e Hipotecaria. Entonces se dieron casos tan elocuentes como el de Gómez de la Serna, que en pleno Parlamento se atrevió a decir que era «poco amigo de los Códigos en general, porque he creído que eran magníficos

---

dados y propietarios acerca de los perjuicios que irrogarían a Cataluña las leyes de sucesión estampadas en el proyecto de Código civil. Barcelona, 1852, un folleto. Su redactor fué al parecer el docto notario don Miguel Martí y Sagristá. Se ocupa especialmente de la defensa de la legítima catalana.

(1) *El Faro nacional*; revista de jurisprudencia, número de 26 de enero de 1861.

edificios en que todo se sacrificaba a la fachada, y en que todo se sobrepone a la armonía entre las diferentes partes, que no siempre tienen entre sí puntos de contacto... Las leyes de sucesión pueden ser absolutamente independientes de las que arreglan los contratos; éstas pueden serlo de las que se refieran al estado de las personas; y las que se refieren al estado de las personas pueden ser distintas de las de la propiedad» (1).

En la ley hipotecaria (1863), que es un verdadero Código, la operación resultó más delicada, y ahí también fué sacrificado, como es sabido, el derecho catalán; así como lo fué en la ley del Notariado (1862), y quedó expulsado el idioma catalán de la contratación pública y en los actos de la expresión suprema de la voluntad del hombre catalán, quiero decir en los testamentos, muy de otra manera de lo que hicieron los romanos en este punto con los idiomas vulgares.

XVI. Mas ya, siguiendo esta breve reseña histórica, eran llegados los días en que aquel poder fuerte, que se formó alrededor del trono de Isabel II y dominó a los pueblos de España, declinaba rápidamente a su ocaso, y se venía la revolución, que estalló en 1868.

Aunque en el período revolucionario se exteriorizaron varias tentativas en leyes, decretos, nombramiento de comisiones y proyectos, la codificación no dió un paso (2). Estaba reservado a los años en que, después de una segunda guerra civil, se aseguró el trono de don Alfonso XII, como antes y al terminar otra guerra civil se había asegurado el de la madre doña Isabel. Con la paz y el predominio centralista en las altas esferas del poder y en el Parlamento, volvíamos en 1880 a una situación parecida, si no igual, a la de 1850. Codificado el derecho penal, el mercantil, el de procedimientos, el hipotecario o inmobiliario, en hora propicia los grandes abogados y jurisconsultos políticos, esclavos del ideal del derecho según el

---

(1) Discurso de don Pedro Gómez de la Serna, en la discusión de la ley de Enjuiciamiento civil; abril, 1855.

(2) Merece, sin embargo, citarse la publicación como proyecto de ley del primer libro del Código civil. *Memoria presentada a las Cortes constituyentes por el ministro de Gracia y Justicia* D. Antonio Romero Ortiz. Madrid, 1869.

modelo francés, emprendieron de nuevo la campaña de la unificación del derecho civil. Uno de esos hombres, de incontrastable influencia en los partidos que turnaban en el poder, proclamó como la mayor ilusión de su vida llegar a publicar el Código civil de España (1). Tal era don Manuel Alonso Martínez, quien puso manos a esa obra de sus ilusiones, no atropelladamente, sino con cierto tacto político, pues promovió Congresos de abogados, reclamó dictámenes, hizo consultas, incluso se acudió al sistema del año 1815 de tentar la supresión del derecho romano-canónico (2), etc., etc., para pulsar a la opinión o llevarla suavemente a sus propósitos; mas le salió al paso, y no contaban con ello ni él ni el representante de la comisión de Códigos, entre nosotros el maestro de todos, don Manuel Durán y Bas, con el renacimiento de Cataluña, que salido de la gestación nebulosa de la literatura, se desplegaba como gran fuerza política; con ella chocó Alonso Martínez, y el estrépito fué grande e imponente.

A los esfuerzos de los abogados catalanes, a la decisión de todo el país catalán, que dió el alto ejemplo de un pueblo que defendía con tesón su derecho civil, se debió que éste no desapareciera con la publicación del Código en 1888 y 1889.

Este ejemplo admirable de llevar un país el problema de su legislación civil a la lucha candente de los *meetings* y manifestaciones en las calles, venía preparándose desde 1881, con motivo del «Congreso catalán de jurisconsultos». Iniciativas claras del ministro de Gracia y Justicia en el decreto de 2 de febrero de 1880 y Real orden de 18 julio, y otras particulares y reservadas para dar impulso a la idea de publicar el Código civil, lograron se organizase tal Congreso con un extenso programa para discutir las instituciones de derecho civil que debían conservarse; mas en las primeras reuniones la intuición patriótica de los congresistas adivinó que se buscaba por el Ministerio dar sanción pública a sus propósitos, y de aquí que sin

---

(1) Manuel Alonso Martínez: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid, 1884.

(2) Con este motivo acudió al Senado la *Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona*, con una *Exposición sobre la necesidad de que se sigan aplicando en Cataluña los Códigos romanos y Decretales*. Barcelona, 1882.

discusión se aprobó una proposición como de no haber lugar a deliberar (1) y acabó así la asamblea.

Después estalló la agitación popular en marzo y abril de 1889 con motivo de la publicación del Código, logrando con esto que las Cortes lo modificasen, especialmente en la primitiva redacción del artículo 15. Fueron entonces los *meetings* en la capital y principales ciudades de Cataluña, fueron entonces los folletos, los pasquines, las proclamas, las causas criminales por alteración del orden, y a la vez las razonadas exposiciones del clero, los propietarios, las academias y las corporaciones de toda índole.

(1) Proposición de 3 de Enero de 1881, luego aprobada: «El Congreso catalán de jurisconsultos» acuerda las siguientes conclusiones:

1.ª Que basada la legislación de Cataluña en principios propios distintos de los que informan a aquellas con que se la quiere unificar por medio de la codificación que se proyecta, opina que no es ésta posible en el terreno jurídico; y que llevada a efecto en los términos en que la propone el Real decreto de 2 de Febrero, sería perjudicial a los legítimos intereses del Principado de Cataluña.

2.ª Que la legislación civil vigente en Cataluña, considerada en su conjunto, es necesaria al antiguo Principado y por consiguiente debe conservarse.

3.ª Que por conducto del Excmo. Sr. ministro de Gracia y Justicia se dirija a la comisión general de Codificación una exposición acompañando las conclusiones del presente acuerdo y un resumen de la legislación civil vigente hoy en Cataluña, para cuya formación en cuanto sea menester se utilice el notable y concienzudo trabajo llevado a cabo por la sección jurídica de la comisión organizadora; y asimismo se dirija testimonio de la exposición y resumen al Excelentísimo señor Representante de Cataluña en la comisión de Codificación para que haga de ellos en dicha comisión el uso que considere debido.»

Estudio de la constitución formal o externa del derecho catalán

I

La ley

I *Idea de la ley en los pueblos libres. La fórmula de la ley y la razón de la ley.*

II *La razón de la ley y su fórmula, en la redacción de las leyes catalanas.*

III *Qué es lo que constituye la ley en Cataluña. Ley dictada en Cortes y sus diversas clases en Cataluña.*

IV *Compilación de las leyes catalanas en varias épocas y por qué causas.*

V *Carácter de la codificación catalana.*

VI *Forma externa que adoptó, siguiendo la división y orden del Código de Justiniano.*

VII *La ley supletoria. Lo que debe entenderse por derecho romano supletorio.*

VIII *Qué debe entenderse por derecho canónico supletorio.*

IX *El verdadero derecho supletorio de Cataluña es un derecho nuevo.*

X *Autonomía legislativa de ciertas ciudades en Cataluña. Legislaciones especiales vigentes: el Código de Tortosa. Otros derechos especiales. El de Barcelona. Poblaciones que lo tienen como calle y miembro de la capital. (Apéndices I y II.)*

XI *La ley en forma de costumbres aprobada. Como la costumbre crea el Derecho. Semejanzas en este particular entre la legislación inglesa y la catalana.*

I. Es la ley retrato del derecho, no el derecho mismo; éste arranca de la conciencia popular, del ambiente social y

científico de un pueblo y de su civilización, del cual sólo la ley es una síntesis más o menos acertada.

Cuando se conciertan y equilibran las relaciones de los ciudadanos entre sí, y con las cosas de la vida, nace la norma, la regla de los casos jurídicos: el legislador luego los sintetiza (1). Así es la ley en los pueblos que disfrutan de libertad civil, ese es el concepto de la ley en Cataluña. «Ley es aprobada costumbre», dice el Usaje *Unaquaque gens.*

Tiene importancia excepcional la fórmula o expresión externa con que la ley se manifiesta. Alrededor de esta misma fórmula se crea un derecho, si se quiere superficial como la hiedra abrazada al tronco, derecho de explicación de la ley, que algunas veces se llamó aún, por antonomasia, derecho civil (2). De aquí la importancia de ese nuevo elemento constitutivo del derecho civil de Cataluña: la forma externa de la ley.

¿Ha de expresarse el precepto legal por medio de una fórmula afirmativa, imperativa y general para todos los casos y condiciones, de manera que la ley parezca un axioma dada su generalidad, una orden por su imposición y un principio de derecho por ser afirmativo?

¿Es preferible el sistema de derivar el principio jurídico del caso concreto, de la necesidad social que se ofrece, y entonces la ley se manifiesta como una resolución de la justicia social que deberá ser aplicada por analogía a todos los casos parecidos?

El primer sistema corresponde al usado por los Códigos modernos; el segundo en parte del derecho romano, del catalán del inglés y de todos los que tienen un origen consuetudinario.

II. Como en las leyes de Justiniano, y en algunas de las Partidas, la ley de Cortes catalana puso por delante el hecho social antes que la voluntad del poder; y del hecho social la expresión de la voluntad general, como también se hizo en ciertas leyes romanas de la república y en casi todas las leyes

---

(1) La legislación es la parte unitaria de la formación del derecho. SCHAFFLE, *Structura del corpo sociale*, trad. italiana. Turín, 1881, p. III—XIX—IV.

(2) «Promulgadas las leyes, dice Pomponio, comenzó, según naturalmente suele suceder, a requerir la interpretación que la discusión en el foro fuese necesaria, apoyándose en la autoridad de los jurisconsultos. Esta discusión y *este derecho, que sin estar escrito resultó formado por los jurisconsultos...* es llamada comúnmente *derecho civil.*» Digesto, ley 2, § 5, lib. 1, tit. II, *De origine juris.*

o códigos de costumbres de la Edad Media. Y digo de la Edad Media porque ya alguien ha hecho observar (1) que la fórmula romana imperativa de la ley, traducción del *sic volo sic judeo* del absolutismo, se convierte en los códigos de costumbres medioevales en el *nemini licet* como expresión de una ley libremente aceptada que hace mención de todos.

Pero al exponer el caso o hecho social, la ley catalana adoptó la forma de explicación, motivo o razón que hizo que se dictase. La importancia de esto es evidente.

La razón de la ley significa un acatamiento a la voluntad popular, una abdicación del absolutismo; es un tributo a la razón de buen gobierno: «El que tiene con que convencer a los hombres, dijo Bentham, los trata como hombres; y el que se limita a mandar, confiesa la impotencia de convencer» (2).

Pero para dar la razón de la ley no precisan ni son menester largas exposiciones de motivos atentos y considerandos empalagosos, sino frases cortadas por el estilo de éstas por ejemplo: en una Constitución de las Cortes de Barcelona de 1422 acerca del cumplimiento de las leyes por ser paccionadas en Cataluña, esta introducción simplemente: *Lo fruyt de las lleys es la observansa de aquellas, en altra manera en va son ordenades.* En otra, en orden a lo que hoy llamamos aranceles judiciales, estas palabras de introito: *Per refrenar la desordenada cobdicia dels escribans*; y así también la famosa Constitución, famosa por lo trascendental para la familia catalana, la ley que vino a fijar la cuantía de la legítima, dice al empezar: *Zelant la conservació de les cases principals*, y bien indica el objetivo a que la ley se dirigía. Presentábase la ruina social y económica del país, y las Cortes de Monzón, que presidió Felipe II, Cortes por todo extremo reformadoras, quisieron salvar a la nobleza rural, nervio de la sociedad catalana, y con el breve significado de media docena de pala-

---

(1) ROUSSET: *De la lettre des lois ou de la codification et de la rédaction rationnelles des lois. Revue critique de législation*; tomo 12, p. 249.

(2) RENTHAM: *Tratado de legislación civil y penal*, trad. de Ramón Salas. Burdeos, 1829; tomo VIII, pág. 21.

bras cumplieron con lo que hoy sería tema de una exposición de motivos interminable en manos de cualquier ministro (1).

III. *¿Qué es lo que constituye la ley en Cataluña?*

Precisa recordar que constituye la ley en Cataluña lo siguiente: en primer lugar, los Usajes de Barcelona, Código que está incluído en la compilación general llamada Constituciones; estas Constituciones, en cuanto fueron acordadas por las Cortes y aprobadas por el Rey; los capítulos de Cortes; las pragmáticas y los llamados *otros derechos*, como son costumbres escritas, por ejemplo el *Recognoverunt proceres*, las *Ordinaciones de Sancta Cilia* sobre servidumbres, etc., y en esta categoría están las costumbres generales. Después de ellas el cuerpo de derecho canónico, el derecho romano (Digesto, Código Justiniano, Instituta), la doctrina de los autores con las limitaciones antes señaladas (2), y finalmente el Código civil.

Las Constituciones de Cataluña, derecho indígena o ley directa, pues todo lo demás es ley supletoria, forman un cuerpo legal, llámese Código o compilación de leyes y derechos.

La ley dictada en Cortes se designaba con diversos nombres según las circunstancias que concurrían a su formación. Llamábanse propiamente *Constituciones* aquellas leyes que, redactadas por iniciativa de la corona, se presentaban a las

---

(1) El prototipo de esas leyes naturalmente se altera algunas veces según los tiempos. Empezó la ley catalana usando formas imperativas, escuetas, y así son las de los reinados de Jaime I y Pedro el Grande, y corresponden a una época en que las Cortes no habían alcanzado su plenitud de organización; la ley razonada apareció después de estos reinados. Algunas veces la razón de la ley va envuelta en el preámbulo en forma de súplica de las Cortes; pocas veces la razón de la ley está en el cuerpo de ella o al final, a manera de consecuencia, como sucede en las leyes romanas; casi siempre en las Constituciones está en sus primeras palabras, de aquí que muchas empiezan con la palabra *perque*.

En cuanto al estilo de las leyes, pasó por diferentes fases: del laconismo exagerado de los textos del siglo XIII a la precisión de los del XIV, a ciertas ampulosidades retóricas durante el siglo XV y a las Constituciones difusas de los reinados de Felipe IV y Felipe V.

(2) Constitución de las Cortes de 1599, vol. I, lib. I, tít. 30, const. única, que traducida literalmente dice: «Asibien estatuimos y ordenamos loándolo y aprobándolo las presentes Cortes, que los Doctores del Real Consejo hayan de decidir y votar las causas que llevaran en la Real Audiencia conforme y según la disposición de los Usajes, Constituciones y capítulos de Cortes y otros derechos del presente Principado y condados de Rosellón y Cerdaña, y en los casos en que dichos Usajes, Constituciones y otros derechos faltaren, hayan de decidir las dichas causas según la disposición del derecho canónico y, a falta de éste por el Civil y Doctrinas de Doctores, y que no las puedan decidir ni declarar por equidad, a menos que ésta sea regulada y conforme a las reglas del derecho común y a lo que digan los autores sobre materia de equidad.»

Cortes y eran por éstas aprobadas. Cuando la iniciativa partía de uno de los tres Brazos o Estamentos, o de todos ellos a la vez, y el Rey ratificaba el acuerdo de la Asamblea con la conocida fórmula *Plau al Senyor Rey*, llamábase a la disposición legal así hecha y sancionada *Capítulo de Cortes*. Los *Actos de Cortes* eran las concesiones, pragmáticas, privilegios, provisiones y otros derechos concedidos en general o en particular fuera de la legislatura, que después a instancia de uno de los Brazos o Estamentos y consintiendo los demás, el Rey hacía *Actos de Cortes* para que tuvieran igual eficacia y valor que las Constituciones y leyes generales. Sin embargo, en sentido genérico dábase el nombre de Constituciones a todas las leyes emanadas de las Cortes, ora procediese de ellas o del monarca la iniciativa en su formación (1).

IV. Procedióse en tres distintas épocas a la reunión en un solo cuerpo de las leyes de Cataluña a la par que se unieron los usos y costumbres de la ciudad de Barcelona, por motivo de que el condado barcelonés había elaborado la hegemonía de Cataluña, y su legislación particular, por medio de privilegios, se había extendido a varias poblaciones llegando a ser poco menos que ley general.

Reuniéronse las leyes catalanas en una primera compilación, después que por el fallo de los compromisarios de Caspe entró nueva dinastía. Sancionada aquella novedad de ver sentado en el trono de estos estados de la corona de Aragón a un monarca que no descendía por línea de varón de los condes de Barcelona, dominaba en los ánimos más el recelo que la esperanza; y tanto se temía por la suerte de las tradicionales libertades, que por tres veces se obligó al nuevo Rey don Fernando de Antequera a prestar juramento: una en Lérida al entrar en el Principado, fué otra en la catedral de Barcelona, y porque aquella solemnidad se hiciese en públicas Cortes hubo el Rey de jurar por tercera vez en ellas para mayor contentamiento de sus súbditos (2).

---

(1) Nuestra obra *Las Cortes catalanas. Estudio jurídico y comparativo de su organización y reseña analítica de todas sus legislaturas*, por D. J. Coroleu y don J. Pella. Barcelona, 1876, pág. 49.

(2) J. Coroleu y J. Pella, ob. cit., pág. 224. Zurita, *Anales de Aragón*, lib. 12, cap. 9.

Estas Cortes, que fueron las de 1413, influídas del mismo recelo dictaron su Constitución 33 que empieza con las palabras *Per tal que les leys*, cuyo objeto era dejar traducidas del latín y compiladas las leyes catalanas para mayor seguridad de su conservación. Imprimióse esta compilación apenas la imprenta se introdujo en Cataluña (1).

Nació de causas parecidas a las de 1413 la segunda compilación, cuando en pleno dominio y esplendor de la dinastía austriaca las Cortes catalanas se juntaban para oir de Carlos V y Felipe II su lugarteniente la relación de los ruidosos acontecimientos europeos de los cuales eran principales protagonistas, y solían ellas atender con sumas colosales al sostenimiento de tantas y tan inútiles pero gloriosísimas empresas, cuando consideraron que esta aureola militar daba osadía a los capitanes convertidos en virreyes del Principado catalán, y lo trataban como país conquistado, y así se suscitaban incesantes reclamaciones por la violación de la ley en Cataluña, acudieron a formar una nueva compilación; porque debían además escasear los ejemplares góticos de la primera. Tomóse el acuerdo de la nueva compilación de leyes en las Cortes reunidas en Monzón en 1553.

Repitiéndose este hecho a principios del siglo XVIII, cuando cambió la dinastía: fué en las Cortes de 1701 y 1702 y en muy parecida situación y recelos que en los días del siglo XV y de mediados del XVI que se confeccionó la última y más conocida. En edición a gran folio y solemne vió esta compilación la luz pública en 1704, en Barcelona (2).

V. El cuerpo de las llamadas Constituciones y derechos del Principado (aunque todavía en nuestros días no acabó de sepa-

---

(1) Llevaron a cabo la obra de la compilación Jaime Callís, jurisconsulto de quien trataré; Bononato de Pera, y el canónigo gerundense Narciso de Sant Dionís, quien escribió además por su cuenta un compendio de las Constituciones. Para la reseña de los códices y de las ediciones de esta compilación, véase BROCÀ, *Taula de les stampacions de les Constitucions y altres drets de Cathalunya. Revista jurídica de Cataluña.* 1907, 1908 y 1909.

(2) Su título es *Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de Cort LXXXII de las Corts per la S. C. y R. Majestad del rey Don Philip IV nostre senyor, celebrades en la ciutat de Barcelona, any MDCCII. Barcelona, en casa de D. Joan Pau Martí, y Joseph Llopis, Estampers, any 1704.* El colegio de abogados de Barcelona ha reproducido espléndidamente, por medio de la fototipia, dicha edición en 1909, reduciéndola a folio menor.

rarse ni dilucidarse cual sea la diferencia esencial entre codificación y compilación), es un Código, pero no un Código cortado al patrón moderno. El cuerpo de las Constituciones de Cataluña es, en efecto, algo más que una reunión de leyes, pues aparte de su forma y sistema, en que siguió el orden y método del Código de Justiniano, en algunos puntos a más de sumar y reunir leyes y clasificarlas, derogó algunas llamándolas superfluas, refundió otras y las abrevió, como tuve ocasión de comprobar cotejando el texto oficial impreso y el de los procesos y cuadernos de Cortes: todo lo cual implica una labor más intensa que la de compilar o hacer un haz de varias leyes.

Por lo que respecta a su espíritu, la codificación catalana no fué, cual acostumbran las codificaciones modernas, un acto decisivo del legislador, y una novación del derecho anterior, sino todo lo contrario.

Es todo lo contrario, porque se preocuparon ante todo y sobre todo las Cortes catalanas de asegurarse y testificar cual fuese el derecho antiguo, no el derecho nuevo e inventado, y así en la famosa Constitución que empieza: «*Per tal que les leys*», se ordena «sien elegides tres bones é idonees persones é un apte Notari, *las cuals comproben be los Usatjes*, ó libres dels Usatjes de Barcelona, e les Constitucions Generals de Catalunya, no mudant substancia, dicció, seny ó letra: ans los dits Usatjes, Constituciones é Capitols estigan purament e simple segons los antics é vertaders originals de aquells é á fi que sien ben vertaders e vertaderes»; conque no hay duda de que las Cortes Catalanas se propusieron conservar ante todo la fidelidad del texto antiguo: lo que implica una oposición sistemática y formal a toda idea de alterar a capricho y reformar el derecho vigente. Aquel propósito se completa en cuanto se ordena guardar ejemplares originales de la compilación en los archivos real y de la Diputación, para acudir a ellos en los casos de duda de la lectura del texto: «E si dels dits Usatjes é Constitucions reduides en llengua vulgar cathalana, per defalliment de mots o altre vici será dupte, ó questió... en tal cas sie recorregut als originals explanats del dit nostre arxiu; e si aquells facilment nos podian haver,

sie recorregut als traslats autentichs, que serán de la casa de la Deputació» (1).

VI. Tal es, en cuanto a su espíritu y carácter, el Código catalán. En su forma externa se ofrece dividido en libros y capítulos. El idioma en que están redactadas las leyes es el catalán en las diferentes modalidades de los siglos XIV, XV, XVI, XVII, y XVIII, pues las más antiguas leyes que estaban en latín fueron traducidas a *la lengua vulgar catalana*.

Como obra delineada y planeada en el siglo XV por un jurisconsulto romanista, como lo eran los más de los abogados catalanes que estudiaron en Bolonia, favoreciendo esto el dominio de la Corona de Aragón en Italia, resultó una imitación lejana de los Códigos romanos; de modo que en la distribución de libros y títulos sigue exactamente el mismo orden de materias que el Código de Justiniano, como puede comprobarse cotejando ambos cuerpos legales, el romano y el catalán.

Abarca el Código catalán materias de todos órdenes, no sólo de derecho civil, sino también de administrativo y político, de militar, penal, comercial y de procedimientos. Es como el núcleo central de la legislación del Principado, pero sin la pretensión de reunirla toda, dado que el derecho político y administrativo se desarrollaba luego en numerosas disposiciones del poder real y de las Cortes, la Diputación o Generalidad que no caben en las Constituciones de Cataluña; el derecho mercantil contaba luego, por ejemplo, con el Código del *Consulado de mar*; el de procedimientos con los modos de enjuiciar propios de las veguerías y Real Audiencia y curias feudales; y el derecho administrativo con una completísima legislación de aduanas ordenada y compilada.

VII. El Código de las Constituciones es la ley indígena, pero tiene una amplísima base en las leyes romanas y canónicas supletorias.

Por leyes romanas se ha entendido constantemente en este país la compilación Justinianea, el Digesto, la Instituta, el Código y las Novelas de este emperador, que eran las usadas

---

(1) *Constitucions y altres drets de Catalunya*, tít. preliminar *De la nova compilació.*

y enseñadas en las Universidades y dominaban en la mayor parte de los países de Europa cuando las Cortes de 1599 las declararon supletorias.

Esto, sin embargo, es la constitución formal o externa, porque cuando se nombra el derecho romano no debe entenderse estricta y rigurosamente el derecho clásico de Roma y el cristianizado en la legislación de Justiniano, sino el romano-canónico, o sea lo que se llamó en Italia, Francia, Alemania (1), Inglaterra, España y en Cataluña *derecho común*, de la misma manera que Mieres interpretaba en las Constituciones la frase *dret comú*, que en ellas figura, por *omne jus canonicum vel civile romanorum, pro ut est in corpore juris clausum* (2).

Fué declarado oficialmente supletorio, porque de hecho lo era ya de antes, en la famosa Constitución de 1599.

VIII. Es un error o una paradoja insostenible que con nombre de derecho canónico supletorio entendieran los legisladores de las Cortes catalanas de 1599 el cuerpo de derecho canónico de últimos del siglo XVI, es a saber: «Los cánones apostólicos, las colecciones de los concilios ecuménicos, de los nacionales y hasta de los sinodales, el decreto de Gratiano, las decretales de Gregorio IX, Bonifacio VIII y Juan XXII, las numerosas Constituciones de los Papas consignadas en los Bularios, las reglas de la Cancillería y *hasta las decisiones de la Sacra Rota Romana...* y los Abogados y los Magistrados, antes de emitir dictamen o sentencia, estaban en el penoso deber de registrar minuciosamente todas las antedichas fuentes del derecho canónico y examinar si en alguna de ellas existía disposición en materia civil relativa al asunto sobre que versaba la controversia» (3). No hay tal, dado que son pocas las disposiciones de derecho civil que contienen las compilaciones citadas que no presenten su semblanza romana; algunas son

---

(1) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandett*, trad. italiana, Turín, 1902, tomo I, pág. 1, define el derecho común alemán de origen romano; ha sido supletorio hasta las publicación del Código en 1900.

(2) MIERES, *Apparatus*, coll. 8, Cortes del Rey Martín, cap. I. Véase la explicación exacta de este particular hecha por don J. de D. Trías, *Conferencias de derecho civil catalán*. Barcelona, 1899, cap. I, § 4.º

(3) BIENVENIDO OLIVER. *Estudios históricos sobre el derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1867, pág. 43.

copias de textos del derecho romano; cosa que se explica por la enseñanza clásica en que se formaron los grandes dignatarios de la Iglesia que concurrían a los concilios; y cuando en algunos puntos parece tomar fisonomía propia ese derecho, es fácil también el descubrimiento de una filiación clásica.

IX. Precisa, cuando se trata de derecho supletorio romano y canónico, siquiera sea para combatir el reproche injustificado de que el pueblo catalán se gobierna en lo civil por leyes exóticas, extranjeras además y de otros siglos en los cuales otras eran que las de ahora las necesidades de la vida social y otras las relaciones de derecho, que el derecho romano canónico que aquí rige como supletorio no es, como ya dije, la aplicación integral y exacta del Digesto, la Instituta ni el Código de Justiano, ni las Decretales (1), sino un derecho nuevo compenetrado con el indígena catalán (como injerto en un viejo tronco da frutos distintos), derecho romano modificado por la costumbre y sobre todo por la jurisprudencia, formando un todo armónico, derecho al que sólo le falta una condensación o síntesis extensa en forma de compilación o Código, que a estas horas la tendríamos si con la abolición de las Cortes catalanas no se hubiese paralizado la obra legislativa. Es un derecho nuevo como lo fué en Francia, Alemania y hoy Inglaterra.

Un análisis cualquiera de nuestros pactos por razón de matrimonio ya revelará que no son los de Roma; no son tampoco nuestros testamentos y fideicomisos los de Roma, ni nuestro dominio, ni nuestras servidumbres, ni muchos de nuestros contratos; y aunque se expliquen, acaso, con exceso por los textos romanos revelan sin embargo un derecho nuevo (2). En las insignes páginas que escribieron Mieres, Fontanella, Cancer, Peguera, Ripoll, Tristany, de Ramón, Molí y tantos otros jurisconsultos, está explanado este derecho nuevo.

---

(1) Así opinó la Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona en su notable *Exposición sobre la necesidad de que se sigan aplicando en Cataluña los Códigos romanos y las Decretales*. Barcelona, 1882.

(2) Podría definirse como el derecho romano alemán en los términos que hace WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., Turin, 1902, tomo I, p. 1: «Por derecho de las Pandectas se entiende el derecho privado común alemán de origen romano. Este derecho privado alemán es indígena sólo en parte; el resto, en la mayor parte se apoya en derechos extranjeros y entre éstos el derecho romano ocupa el primer puesto.»

X. Una cierta autonomía legislativa de que gozaron ciudades libres y algunas comarcas, creó las leyes especiales que no figuran en las Constituciones de Cataluña.

Tortosa—y por ser el ejemplo más notable por esta ciudad conviene empezar los casos de ley especial dentro de la general del territorio,—Tortosa posee un Código completo que todavía rige, nacido durante las luchas ciudadanas, que en cierta ocasión acabaron con una transacción o pacto que es conocido con el nombre de *Composició de Josá*, en la cual se acordó la formación de un Código para todos los habitantes, y según el sistema catalán consistió en el reconocimiento del derecho consuetudinario subsistente escrito en varios cuadernos, y no en novedades legislativas; siendo los compiladores el obispo de Tortosa y los jurisconsultos Ramón de Besalú y Domingo de Terol. Publicóse, con el título de *Libre de las costums generals scrites de la insigne ciutat de Tortosa*, en la segunda mitad del siglo XIII.

Es su distribución en libros y títulos y su orden de materias el mismo que el Código general de las Constituciones de Cataluña, porque ambos siguieron al del de Justiniano (1).

Empalma con la ley del Principado en cuanto señala como derecho supletorio el de los Usajes de Barcelona, y a falta de éstos el derecho común romano y canónico; sin existir profundas diferencias con la ley general catalana. Algunas se anotarán en las instituciones correspondientes en el curso de esta obra.

En orden a legislaciones autónomas dentro del Principado, todavía vigentes, pues de las demás olvidadas o derogadas aquí no debo ocuparme, se ofrece la especial de Barcelona y su término, y ciudades y villas a quienes se extendió por vía de adopción, gracias a un sentido especial de la noción del Estado. Eran en la Edad Media dos ideas opuestas del concepto del Estado: el feudal y el de las ciudades libres. Por el sistema feudal las relaciones entre los súbditos y el poder nacían del pacto del feudo y la sumisión; por el sistema de las ciudades libres el Estado era la ciudad; y la ciudad como estado conquis-

---

(1) OLIVER. *Código de las costumbres de Tortosa*, Madrid, 1876, tomo I, caps. VI y IX.

taba, reducía o se concertaba con otras ciudades extendiendo a ellas sus privilegios, libertades y legislación: esto hizo Roma. Los habitantes de los pueblos que gozaban del derecho romano itálico se consideraban ciudadanos de la capital y tenían iguales derechos que los que en ella residían (1). Así procedió la república municipal de Barcelona en la Edad Media y siguieron su ejemplo Gerona, Vich y otras ciudades.

De la legislación de Barcelona una parte pasó a ser ley del Principado, como las ordinaciones de Santa Cilia, referentes a las servidumbres públicas y relación entre las fincas, que son de aplicación general; otra quedó en su especialidad como el *Recognoverunt Proceres*, conjunto de reglas y prácticas de derecho que los próceres de la ciudad reconocieron que estaban en vigor en Barcelona y como los varios privilegios que para determinados casos dictaron los reyes.

La extensión unas veces es completa de todo el derecho barcelonés, otras limitada a los privilegios.

(Véanse los apéndices I y II de este capítulo.)

Vigentes y sancionadas por la ley están también las del valle de Arán, como algunas del Código feudal «Costumbres de la diócesis de Gerona», como se verá en cada caso, y otras se han ido alejando en el tiempo hasta perder su vida y realidad presentes.

XI. Es muy delicado problema el de decir hasta qué punto muchas de ellas tuvieron consistencia e individualidad jurídica especial, o si son modalidades de las infinitas que caben en la libertad de contratación de que usamos.

Es claro que con esto surge el problema, harto discutido y aun sin resolver, de cómo la costumbre crea el derecho y, en consecuencia, cómo lo creó en Cataluña.

Bien sea que se explique el procedimiento de su elaboración, por la acción de la conciencia común de un pueblo revelándose de un modo constante y espontáneo en la vida del derecho, hasta dejar como por aluvión formado el derecho consuetudinario: que más o menos es este el común sentir de los autores

---

(1) Resume lo escrito sobre este particular MAINZ, *Cours de droit romain*, Bruselas, 1876, tomo I, Introducción.

de la escuela histórica; bien se acepte la costumbre como un hecho que por sí mismo se impone o que el legislador admite y sanciona venga de donde viniere; muchas veces se forma por imitación, otras se constituye por sedimentos que dejaron en un pueblo civilizaciones desaparecidas, dominios más o menos pasajeros, no faltando casos que una moda trivial la introduce por intercambio espiritual entre pueblos diversos y aun lejanos, como sucede en todos los hábitos humanos así individuales como colectivos; la verdad es que en Cataluña halló la costumbre jurídica su más honda, intensa vida, en la naturaleza anárquica, más que independiente, del carácter de los catalanes, que repelen la omnipotencia de la ley, el precepto imperativo escrito que no se aviene a su temperamento; y así forzosamente debieron ser más inclinados a la costumbre por lo que tiene de libre y por que no suena a mandato.

Y sin embargo, en los tiempos presentes la ley escrita lo invade todo: «Es un fenómeno indiscutible, dice un autor contemporáneo (1), el que a medida que las relaciones sociales se complican, los grupos étnicos se fusionan y las aspiraciones nacionales se modifican al influjo del cosmopolitismo, y hacen necesaria una fuerte centralización política, el poder del derecho consuetudinario cede y se retira ante el papel cada vez más proponderante que toma la legislación escrita.»

Mas todo depende cómo la forma externa de esta legislación escrita se desarrolle, pues una cosa es la ley imperante caprichosa, aunque en el sistema constitucional esto sólo lograron hacerlo ministros y Direcciones generales de un modo subrepticio mediante Reglamentos, Reales órdenes y acuerdos, y otra la ley *costumbre aprobada* según el Usaje catalán (*lley es aprobada costuma*, Usaje *Unaquaque gens*, Const., lib. I, tít. XV, ley 1.ª) o hija del método positivo experimental, como algunas leyes inglesas.

Por cierto que puntos de semejanza tiene el sistema legalista inglés con el catalán, especialmente en la ley-costumbre.

«La ley común, las ordenanzas, los estatutos, las decisiones

---

(1) GENY. *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo* (trad. española), Madrid, 1903, pág. 293.

de la justicia, forman, dice Glasson, un cúmulo inmenso, pero todos sus orígenes derivan directamente de la nación misma: es el pueblo inglés que ha hecho su ley en el curso de muchos siglos. Lleno de respeto para la tradición del pasado, pero también comprendiendo la necesidad de seguir la ley del progreso, sin cesar por sí mismo completa, arregla, suaviza, ciñe su propia ley a las circunstancias, sin romper jamás con el pasado ni con el espíritu de la legalidad. Los ingleses, por otra parte, no pensaron en encerrar su derecho dentro de un marco inflexible: la codificación les es instintivamente antipática (1).»

Apéndice I

EXTENSIÓN DEL DERECHO DE BARCELONA. — POBLACIONES LLAMADAS CALLE Y MIEMBRO DE LA CIUDAD.

La extensión territorial del derecho especialísimo de Barcelona debe considerarse en dos regiones, a saber: el término de la ciudad y el de las villas llamadas «calle y miembro» de ella.

La ciudad medioeval, fuera del círculo de sus murallas extendía su término jurisdicional, continuando la antigua tradición de haber sido colonia romana (COLONIA-FAVENTIA-JULIA-BARCINO) a los territorios limítrofes, hoy en gran parte ocupados por las construcciones de la gran urbe moderna. Llamóse a estos territorios del término municipal *provincia* de la ciudad; de donde proceden los nombres de San Martín de Provensals (*provinciales*) y a Mediodía de Barcelona *Provensana* y Santa Eulalia de *Provensana*, hoy barrio de Hostafranchs. Conviene saber que *provincia* en la organización

(1) GLASSON. *Histoire du droit et des institutions politiques et judiciaires de l'Angleterre*. París, 1882, prefacio.

romana equivalía a jurisdicción, esfera de acción atribuída a un cónsul o pretor urbano, con los nombres de *provincia urbana*, que aquí sería la jurisdicción civil del pretor de Barcelona (1). En tanto es esto cierto que los glosadores del derecho romano todavía empleaban el nombre de *provincia* para distinguir una ciudad y sus alrededores con jurisdicción (2).

Comprendía este término, extendido más allá de los *arrabales, huertas y viñedo* (3) que este último espacio se refería sólo a los enfiteusis, al empezar el siglo XIV desde Montcada a Castro Félix y de *Coll de Finestrellas* a *Collcerola* y de la Gabarra y Vallvidrera hasta Molins de Rey del Llobregat y doce leguas en el mar adentro; de suerte que se ha venido en conclusión a sentar que en el término de Barcelona y gozando de todos sus privilegios están los siguientes núcleos de población: Barcelona, Las Corts, Sans, Esplugas, Hospitalet, Sarriá, Gracia, San Gervasio de Casolas, Vallvidrera, Horta, San Andrés de Palomar, San Martín de Provensals, San Adrián de Besós, Santa Coloma de Gramanet, Cervelló, San Vicente dels Horts, San Just, Vall-llansana, Badalona, Mongat, Tiana, Molins de Rey, San Feliu de Llobregat, San Juan Despí, Cornellá, Prat del Llobregat, Gavá, San Baudilio del Llobregat, Viladecans y Castell de Fels (4).

A esta multitud de poblaciones se añade las que participan del derecho de la ciudad bajo la ficción de ser parte de la misma, *calle y miembro:* suerte de prolongación imaginaria, que también, conforme antes indiqué, trae origen de la organización de la antigua colonia romana. Era, por esta razón, Barcelona, así como la antigua Roma, llamada patria de todos los catalanes, en tanto que todo catalán se suponía que en la capital había su domicilio para los efectos de ser citado en determinados

---

(1) MOMMSEN, *Le droit public romain*, traducción Girard. París, 1893, vol. III, pág. 321 y siguientes, cap. *La preture.* MARQUARDT, *Organisation de l'Empire romain*, trad. Lucar y Weis. París, 1892, pág. 501.

(2) Véase el *Repertorium* de Bertachini, palabra *provincia.*

(3) Esta denominación se dió a un círculo más reducido (San Martín, Sarriá y Sans) con ocasión de fijar el tipo de los laudemios. BROCÁ Y AMELL, *ob. cit.*, tomo II, pág. 91.

(4) MALUQUER. *Derecho civil especial de Barcelona y su término.* Barcelona, 1889, pág. 30.

procesos (1), y Barcelona, como Roma antigua, tenía sus pueblos de derecho latino; de esto provino la curiosísima institución, todavía hoy vigente, de las villas llamadas calle y miembro de Barcelona participando de su *Recognoverunt proceres.*

Son estas poblaciones, según Marquilles, que gozan *universis privilegis, usibus, consuetudinibus ac immunitatibus,* de Barcelona: Granollers, Igualada, Moyá, Las Franquesas del Vallés, y Maresma, Vilamayor, Cardedeu, de Alfou, de Santa Susana, Parets, Mollet, Gallechs (2), Vilafranca del Panadés (3), Cubelles, Villanueva y Geltrú, Martorell (4); además Argentona, Llerona, Mataró, Palamós, Premiá de Mar, San Ginés de Vilasar, San Juan de Vilasar y Sant Pedor (5).

Apéndice II

¿Toda la legislación de Barcelona es aplicable a Gerona?— Recognoverunt proceres. — Privilegio de la validez de los testamentos en que hubo preterición. — Extensión a la villa de San Feliu de Guixols.

Consultado en cierta ocasión acerca de si el privilegio concedido por Pedro III a la ciudad de Barcelona en 14 de las calendas de noviembre de 1339, que da por válida la cláusula hereditaria de los testamentos en que se hace preterición de

---

(1) Xammar. *Civilis doctrina de antiquitate et religione regimine civitatis Barcinone.* Barcelona, 1668, pág. 64. El Privilegio de Jaime II, año 1306, que es la Constitución 2.ª del libro 3, tit. 1, vol. 2.º

(2) Marquilles. *Super Usaticis Barchinone.* Barcelona, 1505, fol. 119.

(3) Brocá y Amell. ob. cit., pág. 57.

(4) Maluquer. ob. cit., pág. 19.

(5) *Congreso de Historia de la corona de Aragón dedicado al rey Jaime I y a su época.* Barcelona, 1909; fueron éstos citados en la solemne sesión para conmemorar el establecimiento del Consejo de Ciento. Leí en ese acto el discurso sobre dicha Constitución.

un descendiente es extensivo a la ciudad de Gerona y por consiguiente a San Feliu de Guíxols, por ser villa considerada antiguamente como «arrabal de Gerona», entendí que esta cuestión reunía dos caracteres: uno histórico y jurídico el otro.

En cuanto al primero, si bien aparece que Pedro el Grande a los pocos días de haber sancionado la compilación de costumbres conocida por *Recognoverunt próceres*, dió un privilegio (fecha 8 calendas febrero, año 1283) por el cual los ciudadanos de Gerona podían gozar de los usajes, costumbres y buenos usos que los de Barcelona acostumbraron tener (1); no obstante no existe, o por lo menos no la vi en parte alguna, una disposición que extendiese a los gerundenses *toda la legislación* de los barceloneses y en especial sus *privilegios*. Sólo en el Archivo de la Corona de Aragón he hallado el privilegio de la unión de la ciudad de Gerona al *Condado* (*Comitatui*) de Barcelona (Registro de Cancillería n.º 197, fol. 100), lo cual ya lo atestiguó Mieres, jurisconsulto gerundense del siglo XV (su obra *Apparatus*, collatio 7.ª, Cortes de Tortosa, cap. 4, n.º 7); pero este acto no implica sino la comunicación a Gerona de las leyes del *Condado*, que eran los Usajes, pero no la legislación local de Barcelona. En cambio en el mismo Archivo (Registros 210 y 211, fol. 305 y 307), existen varias confirmaciones de las libertades y privilegios de Gerona, y nada se dice de habérsele comunicado los de la capital del Principado.

En consecuencia, opiné que no hallaba disposición expresa que históricamente pudiese servir de apoyo en el caso especial consultado.

En cuanto al aspecto jurídico, debía observarse: 1.º que todos los autores dan por corriente la práctica de considerar como esencialmente local el privilegio objeto de la consulta, siendo de notar que uno de ellos, Mieres, antes citado (Collatio 6.ª, cap. 1.º, n.º 3), con ser hijo de Gerona, dice *que rige en Barcelona*. 2.º que si bien de algunas citas (Fontanella, *Decisiones*, decisión 578, n.º 20 y *De pactis* cláusula 4.ª, glosa 12, n.º 138, Ripoll *Variarum Resolutiones*, cap. 7, n.º 327 y entre los modernos

(1) Citado por BROCA Y AMELL, ob. cit., págs. 57 y 58, siguiendo a FONTANELLA, *De pactis*, cl. 4, gl. 12, n.º 138, y *Decisiones*, dec. 578, n.º 20.

Vives, lib. I, tít. XIII, nota 2.ª; y Brocá y Amell), podría deducirse que en Gerona es aplicable el *Recognoverunt próceres* en virtud del privilegio citado del año 1283; esto no abonaría la pretensión de que un privilegio de Barcelona posterior (no un usaje o costumbre) pudiera aplicarse por extensión a Gerona. 3.º que teniendo todos los autores como puramente local y siendo la aplicación de todo privilegio *siempre restrictiva* según el derecho, de aquí que sin presentar una concesión y disposición precisa y terminante aplicando a Gerona toda la legislación local de Barcelona y especialmente *sus privilegios* como tienen algunas otras poblaciones, opiné que la pretensión no prosperaría.

II

La doctrina de los autores

La ciencia jurídica de Cataluña desde el siglo XIII al XVIII

I *La doctrina de los autores y su importancia actual como formando la costumbre y haciendo opinión.—Copiosa literatura jurídica de Cataluña, especialmente en los siglos XVI y XVII.*

II *Comienzos de la literatura jurídica catalana en el siglo XIII con las compilaciones de usos y costumbres feudales y locales.*

III *Período de los glosadores y anotadores (siglo XIV). Influencia de la Universidad de Bolonia.*

IV Los comentaristas (*siglo XV*).—*Se inicia con Jaime Marquilles la tendencia a explicar el derecho en la forma viviente.— Carácter crítico de Tomás Mieres; es un hombre del Renacimiento italiano. Comentario completo de todas las Constituciones de Cataluña.*

V *Se inicia la gran época de la literatura jurídica catalana con Peguera y Ferrer en el siglo XVI.*—Los prácticos.—*Desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales.*

VI *Evolución hacia la realidad y conocimiento del hecho jurídico y su exposición completa por Cancer. Su obra sin clasificación metodizada y según la forma espontánea de la vida del derecho.*

VII *Juan Pedro Fontanella. Influencia que ejerció en sus contemporáneos. Su forma expositiva del derecho. Se coloca en la realidad viviente de éste en la obra* De pactis nuptialibus. *Comparación con la obra de Molí sobre igual asunto.*

VIII *Otros jurisconsultos civiles. Importancia de los dos tratados de Ferrer sobre viudedad y sucesión de impúberes. Vilaplana, Ripoll, Xammar, Ramón; favor que mereció su obra. Romaguera, Pablo Durán, Vileta, Tristany y los tomos de jurisprudencia oficiales. Comes y su tratado de notaría.*

I. Cuando se habla de formación del derecho por la costumbre debe tenerse en cuenta que ésta casi siempre se elabora en los despachos curiales. Una minoría selecta trabaja en ello: luego toma forma externa sintética en las obras de los jurisconsultos, los cuales naturalmente no pueden substraerse, cuando escriben, al ambiente y tendencias de su tiempo.

Por esto siempre ha sido elemento constitutivo en la formación del derecho civil de Cataluña la doctrina de los autores; reconocida como fuente de derecho en la Const. única, tit. 10, lib. 1, de las Constituciones del Principado. Aunque este elemento, de la importancia que se le diera en otros siglos haya caído hasta confundirse con la simple ilustración y guía de la jurisprudencia de los tribunales en los días presentes, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo español (1), no por ello deberá creerse que esta fuente de derecho se haya agotado, por más que su influencia sea indirecta. Es la vida jurídica mediante la acción incesante de la jurisprudencia, pero detrás de ésta se adivina la labor de los jurisconsultos que escribieron del derecho civil, llevada a la contienda judicial por los defensores de los litigantes; a tal punto sucede que, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo durante el siglo XIX descubriríamos fácilmente, y esta es curiosidad que algunas veces he anotado, la huella de los autores de derecho catalán que en ese siglo han escrito.

Por todo esto, aunque la doctrina de autores no tuviese categoría de fuente de derecho por disposición expresa de la Constitución antes citada, se requiere en este punto, en que tratamos de los elementos constitutivos externos, un estudio, siquiera sea apresurado, de las obras que de la ciencia del derecho civil catalán vieron la luz pública, marcando las escuelas y los criterios de sus autores. Son muchas, aquéllas, que no parece correspondan a nación pequeña y a un derecho que no se aplica a grandes territorios cual el catalán; son,

(1) Sentencias de 4 de mayo de 1859, 30 junio 1866, 9 febrero 1878 y 24 de marzo de 1882. Sólo pueden servir de fundamento a un recurso de casación las opiniones de los autores a que se refiere la Constitución única, tit. 10, lib. I, de las de Cataluña, sino en el caso de aparecer su uniformidad y en aplicación constante por los tribunales del territorio, debiendo indicarse concretamente el texto en que se hallan consignadas, Sent. 19 febrero 1898.

además, notables, porque lo acredita que no pocas pasaron las fronteras y fueron citadas por los grandes tratadistas italianos, franceses, belgas, flamencos y alemanes de los siglos XVI y XVII; algunas se reimprimieron en el extranjero, y no faltan otras que con la reimpresión se las honró, comentándolas y ampliándolas: por manera espléndida se atestigua la fama universal de nuestra ciencia jurídica (1).

II. Como en todas partes, la literatura jurídica empezó aquí por las colecciones, compilaciones de leyes, y costumbres; esto en el siglo XIII, hora y momento históricos para cosechar y reunir el derecho naciente que entonces se organizaba y constituía. Pedro Albert sobresalió entre esos compiladores: sus *Conmemoraciones* lograron formar el haz de costumbres de derecho feudal que ya no se deshizo y pasó al Código de las Constituciones y Usajes del Principado. Coincidió con Vidal de Canyellas, que hacía otro tanto con los fueros de Aragón y Valencia. Arnau obispo de Tortosa, Ramón de Besalú y Domingo de Terol formaban el *Libre de las costums de Tortosa*, y Guillermo Botet ordenaba las costumbres jurídicas de Lérida. Era en Cataluña, pues, el siglo XIII, el siglo de los compiladores; el siglo de san Ramón de Penyafort, catalán, compilador del derecho canónico por encargo del Papa, obra que hoy conocemos con el título de las Decretales de Gregorio IX.

III. Después de los compiladores, por evolución natural siguieron los tratadistas y glosadores, muchos de ellos formados en la Universidad de Bolonia; y así vió el siglo XIV en Cataluña a los glosadores de los Usajes. *Apparatus* era el nombre con que

---

(1) José Ramón, catedrático en la Universidad de Barcelona, publicó en 1628 su obra *Consiliorum una cum sententiis et decisionibus Audientiæ Regiæ Barcinonensis sive Principatus Cataloniæ*; y Jacobo Balducci, jurisconsulto italiano, la amplió y anotó, completándola con decisiones de la Rota Romana, formando cuatro tomos en folio que se publicaron unos en Bolonia 1689 y Parma en 1695.

Francisco Solsona, cuya obra *Lucerna Laudemiorum* se imprimió en 1556 y tuvo gran aceptación, tanto que en Turín, año 1629, se reimprimió completada bajo el título *De Laudemiis tractatus autorum qui hactenus in ea commentarios conscripserunt, nova hac editione non solum mendis expurgati et politionibus redditi caracteribus sed etiam utilibus notis exornati, et de manuscriptis præcipue Francisci Solsonæ nitori pristine restituti*. Es un curioso volumen y contiene, además, las obras de los mejores tratadistas de laudemios.

De Fontanella y de Cancer, como se verá en el siguiente capítulo, se encuentran muchas ediciones hechas por editores extranjeros, como las hay también de Peguera y otros.

solían calificar su glosa, porque *apparatus* equivale a comentario (1).

Distinguióse don Jaime de Monjuich y con él los dos Vallseca; Jaime, administrador del condado de Ampurias; Guillermo, diputado o síndico por Barcelona en las Cortes de 1358 y otras varias, y delegado en el famoso compromiso de Caspe en que se ventiló, y Vallseca lo trató a maravilla, el pleito de la sucesión a la corona (2); Jaime Calvet es conocido, y Jaime Desfar, Ramón Çarrea, Ramón Ballester, Jaime Matheu, Bernardo de Cena, Guillermo de Puig, Jaime Monells, Guillermo Doménech, todos ellos del siglo XIV, autores de varias obras. Su sistema es la glosa a la manera como en Italia la practicaban los de la escuela de Bolonia; fué su dicción breve; era su apoyo las leyes romanas, más o menos traídas violentamente al caso. Poseemos con ellos toda una escuela de glosadores de los Usajes, glosadores y como tales sujetos a la interpretación estricta del texto sin ensanchar el estudio a otros conocimientos que seguramente tuvieron en historia, moral y filosofía para ilustrar el concepto de la ley o su sentido.

Esto mismo sucedía con la escuela de Bolonia. Savigny dice, al tratar de los escritores formalistas, que el abuso de la dialéctica y de la forma escolástica, de divisiones, distinciones, subdivisiones, era tan general, que los profesores dotados de mayor capacidad no se hubieran atrevido a substraerse de ello. Allí la práctica, como en Cataluña, «*mantuvo la constante intuición de las relaciones de la vida real a la cual todo el derecho se refiere* y fué la más eficaz tutela contra la fuerza enervadora del estéril formalismo...» (3). Nacieron de la práctica los libros de *Consilia* o dictámenes y los comentarios de jurisconsultos, quienes, por no haber tenido jamás cátedra y ser grandes prácticos, sus obras muestran una frescura y originalidad de con-

---

(1) Du Cange. *Glossarium ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis.* Venecia, 1738, palabra *Apparatus.*

(2) Coroleu y Pella. *Las Cortes catalanas*, Barcelona, 1876, pág. 190. Las obras de los Vallseca y Monjuich en Barcelona, 1544. *Antiquiores barcinonensium leges, quas vulgus usaticos appellat, cum comentariis Supremorum jurisconsultorum Jacobo a Monte judaico Jacobi et Guillermi a Vallesica et Jacobi Calicii.*

(3) Savigny. *Storia del diritto romano nel medio evo.* Traducción Bollati, Turín, 1857, lib. 6, cap. 47.

ceptos que remozaron la literatura jurídica. Esta misma evolución es la de la literatura jurídica catalana. Los *Consilia*, *Decisiones*, *Variæ resolutiones* de los autores de los siglos XVI y XVII, son hoy todavía fuentes de derecho vivo, en oposición al formalismo de los glosadores y comentaristas primitivos.

IV. Esa evolución de la ciencia del derecho, que se señala con la aparición de los comentaristas, en el siglo XV, especialmente del barcelonés Marquilles, del gerundense Tomás Mieres, y Socarrats de San Juan de las Abadesas.

Empieza en ellos, sobre todo en la obra de Marquilles comentando los Usajes, lo que más tarde en pleno desarrollo de la ciencia jurídica catalana en el siglo XVII se desplegó soberbiamente en el tratado *De Pactis* del gran Fontanella. Era ya el derecho para ellos algo más que una derivación inmediata de la ley por medio de silogismos, era una función no aislada sino en íntima convivencia con el medio social y que por lo mismo para explicarla necesita acudir a la historia, las tradiciones explicadas, la civilización en fin que rodea el derecho en su cuna y por este motivo. ¡Cuántas raras noticias de la vida histórica del pueblo catalán se contienen en la obra de Marquilles! Por dicha, este autor pudo vivir lo mejor de los tiempos de su nación, o sea lo mejor de los siglos XIV y XV: en 1446, hallándose de edad de 80 años dedicó su libro a los concelleres de Barcelona; conoció, pues, los mejores días en los siglos XIV y XV de la nación catalana.

Mieres fué ante todo un crítico, a veces cáustico y violento; un filósofo-jurista, en el cual bien se echa de ver la influencia de la corte de Alfonso V en que estuvo empleado. Su espíritu era el de un hombre del Renacimeinto, crecido en el ambiente italiano, e imbuído de altísimas ideas. Cuando trata del derecho romano, ya hemos visto cómo se expresaba contra la moda jurídica de su tiempo, cuando de la redacción de ciertas constituciones en su famoso *Apparatus* (1) o comentario de todas

---

(1) Escribió su obra reinando Alfonso V. La empezó en 17 agosto de 1438. Dice en el prólogo: «Usque hodie, qua incepi hoc opus videlicet die 17 augusti anno a nativitate Domini nostri Jesu Christi MCCCCXXXIX.» Sujetóla a la corrección del doctor en leyes Narciso de Sant Dionís, canónigo, archidiácono de Ampurias en la catedral de Gerona, su maestro (*preceptoris mei charissimi*). Sant

ellas, obra de mucho aliento, lanza los más duros apóstrofes contra los abogados ampulosos o inútiles y preconiza la brevedad y claridad como moderna (1). Al comentar la Constitución que confirma las leyes romanas que prohiben hacer cesión de derechos a personas poderosas, y del dinero que se necesita para los pleitos, se burla incluso de la curia romana (2). Cuando se ocupa de las costumbres y fueros de veguerías la variedad le abruma, y aunque consumado tratadista de derecho feudal levanta la cabeza contra los abusos feudales y dirige a los señores imprecaciones tomadas de los libros sagrados y les recuerda que los payeses de remensa o rústicos no eran esclavos, y que apoderase de las cosas de ellos es una rapiña; y truena contra las leyes inicuas a propósito de una Constitución de Alfonso V y proclama que el Rey, aun con todas las Cortes no pudo ni puede hacer ley inicua contra la ley de Dios, y si se hizo no vale (3).

Mieres obtuvo el altísimo mérito de haber emprendido y realizado soberbiamente el comentario completo de toda la legislación indígena, apenas quedó compilada en un solo cuerpo formando las *Constitucions, Usatges y altres drets de Catalunya* por decreto de las Cortes de 1413.

En los postreros años del siglo XV, rica la literatura jurídica catalana, por la gran cosecha de obras que habían escrito los glosadores de los Usajes y los comentaristas de ellos y de las Constituciones, llegó el momento y la sazón a propósito de que apareciesen los tratadistas o especialistas; los cuales representan

---

Dionís fué nombrado por las Cortes de 1413 para formar con Jaime Callís y Boronat de Pera la compilación primera de las Constituciones de Cataluña. Al imprimirse la obra de Mieres en 1534 la amplió Francisco Franch, Regente de la cancillería; así sucede que trata la obra de sucesos políticos posteriores a la muerte de Mieres.

Mieres había estudiado en Italia en la cátedra del gran canonista llamado el Panormitano. «*Nic. Tudesquini de Sicilia magistrum meum, qui fuit abbas monachus et est effectus cardinalis et archiepiscopus panormitanus valentissimus canonista.*» (MIERES. *Apparatus*, fol. 51, edición de 1533.—DESPUJOL. *Index singularium*. Barcelona, 1610, pág. 146.) Dicho Nicolás Siculi, abad de la orden de San Benito, era hijo de Catania, llamado Tudeschis. Así leo en su obra sobre comentarios a las Decretales (edición de Venecia, 1591).

(1) *Apparatus*, coll. 9, cap. 24, Cortes de Fernando I.

(2) Tratando de los litigios con los poderosos, dice: «Et ideo dixit Anselmus Turmeda *si pledejas diners hajas*, etc. *Et curia romana non vult ovem sine lana.*» *Apparatus*, coll. 7, cap. V.

(3) *Apparatus*, col. 11, cap. 3.

una manifestación de un grado mayor en la ciencia del derecho como en todas las ciencias. Abundaron en las especialidades autores de derecho político y administrativo, como Jaime Callís, Guillermo Despaborde, Bofill, Cardó, Esperandeu Cardona, Montserrat, Jaime Pau, Pallarés, y el notario de Barcelona Gabriel Cañellas (1), de los cuales largo sería de contar las doctrinas que sustentaron en derecho político, administrativo, procedimientos, y obras que escribieron; cosa fuera de mi propósito, que se limita a explicar escuelas y tendencias sólo en punto a los autores de obras referentes al derecho civil.

V. En el siglo siguiente XVI, un nombre brilla sobre todos en la literatura jurídica del Principado, el de Luis de Peguera (2), que no le alcanzan otros muchos como Cassador, ni Molí, ni Oliba; no indico a Cancer, porque si bien nacido en esta centuria no brilló sino en la siguiente. Para el derecho civil, la obra más interesante de Peguera es la de *Decisiones aurea in actu practico frequentes* (3).

Peguera y Miguel Ferrer (4), hijo de Lérida como el otro Ferrer, como Solsona, con sus obras sobre laudemios y cabrevación en el enfiteusis (5) y tantos jurisconsultos célebres, abren el brillantísimo período de la literatura jurídica catalana; período de estudios prácticos en el cual el derecho es una realidad viviente y no el pobre escolio o simple comentario de los glosadores. La adoración del texto legal es substituída por

---

(1) Véase MARCILLO, *Crisi de Cataluña*, Barcelona, 1688 y sobre todo OLIVER. *Estudios históricos sobre el derecho civil de Cataluña.*—TORRES AMAT. *Diccionario de los escritores catalanes* y además BROCÁ. *Juristes y jurisconsults catalans dels segles* XIV-XVII. *Anuari de l'Institut d'Estudis catalans*, 1909.

(2) Nació en Manresa, de la noble familia del castillo de Balsareny, el día 17 de septiembre de 1540. Murió en 8 de julio de 1610. Fué consejero de Su Majestad, oidor de la Audiencia de Barcelona, veguer de Manresa. (Véase la biografía que publicó Luis Soler y Terol en el *Butlleti del Centre Excursionista de la Comarca de Bages*, año II, n.º 4.)

(3) DON FRANCISCO MASPONS Y ANGLASELL se ha dedicado a extractar con gran acierto las principales decisiones de esta obra, *Questions civils estudiades segons nostre dret per Lluis de Peguera*, Barcelona, 1913.

(4) La obra de Ferrer se titula *Observantiæ aliquæ huius regiæ audientiæ Cathaloniæ per Michaelem Ferrer, unum ex doctoribus dictæ regiæ Audientiæ, ad illius memoriam olim repilogate et nunc anno MDLXXXVI propter curias generales novissime Montissoni anno videlicet MDLXXXV celebratas*: (impresión en folio del siglo XVI, pero sin lugar ni fecha.) En el siglo siguiente, Despujol publicó la obra de Ferrer con el título de *Observantiarum Sacri regii Cathalonia Senatus*, Barcelona, 1608.

(5) *Lucerna laudemiorum* antes citada y *Stilus Capibreviandi*, Barcelona 1547. Edición gótica en 4.º

el atractivo del caso resuelto por los tribunales o consultado en el despacho del doctor en derecho; es la historia de una familia o la lucha de intereses por un contrato, es la vida jurídica, en fin, en toda su amplitud y energía. De aquí que las obras se titulan generalmente *Decisiones*, *Observancias*, *Resoluciones*, como enunciado de su contenido, que más mira a la práctica y explicación del derecho en la realidad que en las abstracciones jurídicas. Contribuyó a tales manifestaciones el deseo, del cual se hicieron intérpretes las Cortes de 1542, presididas por Carlos V, de crear cuerpos de jurisprudencia; dado que el derecho catalán, que empezó con los compiladores, siguió con los glosadores, después con los tratadistas, llevaba algunos siglos de existencia y con ellos la jurisprudencia se había formado. Las Cortes ordenaron que las resoluciones de la Audiencia se imprimiesen formando tomos cada tres años (1).

VI. Presiden esta época, la mejor y más brillante para el derecho catalán, dos autores, Cancer y Fontanella, verdaderos oráculos, porque subyugaron las inteligencias de los abogados catalanes; Cancer, aragonés, que estudió en Huesca y Salamanca y vino tarde a Cataluña, logró un renombre grandísimo y numerosísima clientela (2).

Tituló su obra, de la cual se publicaron muchas ediciones, *Variarum resolutionum juris universalis cæsarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathalauniæ*. Algunas de sus ediciones

---

(1) *Const. de Cat.*, lib. I, tit. 37, c. I, vol. I.

(2) Cancer nació en Barbastro en 1559 y escribía en una de las ediciones de su obra, parte 1.ª, cap. 2, n.º 143: «Hic enim annus 1615 est quinquagesimus sextus meæ etatis.» Parece que asistió con sus tres hermanos a las Cortes de Monzón de 1585, según notas que me comunicó mi amigo don Nicolás de Otto, magistrado.

De su hijo Gaspar Cancer, dice en su obra, parte I, cap. VIII, n.º 211: «Super capitulis quorumdam villae de Alfosia fuimus hoc anno 1617 de mense Junii consulti, ego, et carissimus filius meus Gaspar Cancerius, qui hoc anno 1627 e vivis decessit, ejus anima requiescat in pace.» En el mismo capítulo hace mención del casamiento de su hija María con un noble de Barbastro. Gaspar Cancer y su hermano Jaime trabajaron al lado de su padre; así dice en su obra, P. I, cap. 4, n.º 51: «Huic sententiæ suscripserunt duo carissimi filii non spencendo erudictio Doctores Gaspar Cancerius et Jacobus Cancerius hic Barcinone patrocinantes.»

Los Cancer eran familia de jurisconsultos. Un hermano del autor fué notable abogado y canónigo de Barbastro, con ocasión de un viaje a Cataluña para visitar la Virgen de Montserrat llamáronle a consulta, por la fama que tenía (*Var. Resol.*, part. 3.ª, cap. 15, n.º 345.

Jaime Cancer, hijo, coleccionó algunos notables dictámenes con las firmas autógrafas de su padre, de Fontanella, Mir, Aymerich y otros abogados. Esta colección obra en mi poder.

las corrigió y completó el propio Cancer, otras lo fueron después de la muerte de su autor por D. Mir, doctor de la Real Audiencia (1). Cancer escribió claro, preciso, con que se separó de la difusión farragosa que imperaba en la literatura jurídica de aquella época; aplicó el caso práctico, el fallo, la resolución, la consulta o dictamen propios; citó la autoridad ajena con profusión, pues su obra está cuajada de citas de autores extranjeros. Sin un sistema, sin apriorismo, ni siquiera clasificación ordenada de las instituciones de derecho, como si presintiera cuan espontánea, varia y desigual es la vida jurídica, y cuantos inconvenientes y errores nacían de la metodización que deforma algunas veces las instituciones: así su obra en los primeros capítulos trata de substituciones, trebeliánica, falcidia, legítimas, testamentos, sucesiones ab intestato, para ocuparse a continuación y por lo tanto sin el orden clásico, de tutores, donaciones, dotes, emancipaciones, enfiteusis, feudos, compra-venta, arrendamientos, prescripción, etc. Esta primera y la última de las tres en que dividió la obra son las más interesantes para el estudio del derecho civil.

VII. Dije en otra parte (2) cuanto sabía y veía de la gran figura histórica de Fontanella.

Si Juan Pedro Fontanella, catalán del norte de Cataluña, nacido en 1576 y venido a principios del siglo XVII de su villa de Olot a Barcelona, en época de decadencia y encogimiento, se hubiera establecido en París, Madrid o Roma, y desde estos centros, que en aquel siglo lo eran de letras y saber, hubiese allí dado a luz sus notabilísimas obras, con seguridad el nombre de Fontanella figuraría al lado de los más esclarecidos jurisconsultos del mundo. Aquí, como árbol en tierra cansada y pobre, salieron sus obras *De Pactis Nuptialibus* y sus *Decisiones;* las que escribió en horas quitadas al reposo de su labor fatigosa y continua de abogado y consultor del gran clero, la nobleza

---

(1) Don Raymundo de Abadal empezó en la *Revista jurídica de Cataluña* la traducción de la obra de Cancer.

(2) *El ejercicio de la jurisprudencia, especialmente en Cataluña.* Discurso leído como presidente de la Academia de jurisprudencia y legistación de Barcelona, 15 febrero 1906 y en la obra *Jurisconsultos españoles*, publicada por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, tomo II, págs. 49 a 53. Madrid, 1911.

y la clase media. Después, metido Fontanella en la política de su época, llegó a ser, con Clarís y Tamarit, organizador del levantamiento y guerra separatista de Cataluña en 1640 y logró que su hijo José, con quien algunas veces se le confunde, alcanzase los más altos puestos del Estado, pero también con ello la emigración y la muerte fuera de España (1).

La ciencia de Fontanella debió impresionar grandemente a sus contemporáneos, cuando salida de un rincón de Barcelona supo atraer a los jurisconsultos castellanos, portugueses, franceses, italianos, flamencos y alemanes, que con él quisieron sostener continua correspondencia; la Rota Romana le calificó varias veces de «jurisconsulto eminentísimo», y cuando su hijo José, Regente de la Audiencia o Supremo Senado de Cataluña, marchó en representación del Principado a tomar parte en el Congreso de la paz de Westfalia, año 1644, hallóse que en París el nombre de su padre era conocidísimo y su fama europea (2). Los editores de Ginebra, Lión, Colonia y Venecia disputáronse la impresión de sus obras (3).

Y es que Fontanella, separándose de la manera de escribir empalagosa de su época y anticipándose grandemente al progreso del derecho, supo situarse en la realidad viva del mismo derecho; su obra *De Pactis Nuptialibus* empieza en sus primeras páginas arrancando a la vida social del derecho un documento viviente, base de la familia catalana; publica unos capítulos matrimoniales, y luego en toda su obra desarrolla la paráfrasis, explicación y comentario de aquel hecho social importantísimo; explica la organización dotal, la sucesión contractual, y todo este conjunto de instituciones que se resumen en unos capítulos matrimoniales. Y esto comparándolo con

---

(1) Se retiró al Rosellón, patria de su mujer.

(2) Carta de José Fontanella, publicada al principio del tomo II de las *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniæ*. Colonia, 1735.

(3) La obra *De Pactis Nuptialibus* se publicó en Barcelona en 1612 y 1622, Gerona 1638, Venecia 1640 y 1647, Génova 1659, Lión, 1667 y 1709, y Génova, 1752. Forma dos volúmenes; Las *Decisiones* en Barcelona 1639 y 1645, Génova, 1662 y 1693, Lión 1667, Nancy 1668, Ginebra 1735, Génova 1752.

En 1833 se editó en Barcelona un extracto con el título de *Tratados* (1.º, 2.º y 3.º) *de la donación universal que hacen los padres al hijo primogénito cuando contrae matrimonio según Fontanella De Pactis Nuptialib. con alguna adición*, por E. B. y S, fué don Ignacio Sanpons y Barba, o bien don E. Barba y Sanpons.

la legislación y costumbres de otros países, explicando la tradición y relacionándolo no pocas veces con la historia, tal como entonces se sabía, con la filosofía y con todas las ciencias. No era un comentarista de textos muertos para poner glosas y apostillas a las leyes; tenía, en fin, el más alto concepto de la jurisprudencia (*Divinarum atque humanarum rerum notitiæ*) y sabía aplicarlo a sus obras.

Mas la noticia de las cosas divinas y humanas no se revela en él en una erudición abrumadora, ni en las largas tiradas de citas y referencias, común preocupación de su época, sino que se iba al fondo, al alma de las cosas, sin necesidad de muletas ajenas, de que se servían y aun era única manera de discurrir de muchos tratadistas ramplones de su tiempo. Fontanella se adelanta, emite la opinión suya, y así como en sus dictámenes que escribió en coloboración, según tengo y he visto, una frase o un razonamiento de sentido común, añadido de su propia mano (por cierto en letra elegante y tormentosa) casi siempre resuelve y aclara de una manera singular y de improviso que se apodera del convencimiento.

Tales tendencias de Fontanella andan en relación mayor o menor con las de otros autores que ennoblecen la historia de la literatura jurídica catalana en los días de esplendor durante el siglo XVII; pero el romanismo exagerado en unos, la poquedad de miras y conceptos en otros y el encogimiento de todos, no les permitió llegar a las alturas y fama de Juan Pedro Fontanella.

Para mayor claridad y confirmación de lo dicho, puede compararse la obra de Fontanella con la de Francisco Molí, catedrático en la Universidad de Lérida, ya que ambas tratan del mismo asunto: su título es *De ritu nuptiarum, et pactis in matrimonio conventis*, obra póstuma que se publicó en 1617 en Barcelona casi al tiempo de la *De Pactis Nuptialibus* (1612) y ofrece una distribución ordenada, a saber: 1.º el matrimonio como contrato de derecho de gentes, 2.º el matrimonio sacramento, 3.º pactos y convenciones que se agregan al contrato de matrimonio; ésta es la más nutrida y útil del libro. Ofrece además una exposición y estilo breve y claro, pero no es una obra propiamente de derecho vivo que se agita en la sociedad,

sino la disertación académica y doctoral de un profesor consumado que ordena fríamente y metodiza.

Aunque abogados, y abogados prácticos, a otros leridanos como Ferrer y Vilaplana les sucede algo parecido.

VIII. De Francisco Ferrer, su *Commentarius analiticus ad constitutionem ex insignioribus Principatus Cathaloniæ primam sub titulo soluto matrimonio, incipientem Hac Nostra* (1), resulta un buen tratado de los derechos de la mujer viuda en Cataluña, y aun se ocupa de la viuda según los fueros de Aragón y Valencia. Dividió la obra en 4 partes: la primera consideraciones generales; la segunda de los privilegios que la Constitución *Hac nostra* confiere a la viuda; la tercera de los alimentos durante el año de luto; la cuarta trata del período que sucede al año de luto hasta la restitución del dote y pago del esponsalicio.

Verdadero tratadista de derecho civil fué Francisco Ferrer si se considera su manera de explicar el derecho amoldándolo y concretándolo a un solo texto legal: así fué que al publicar en 1629 su estudio de la Constitución *Hac nostra* había alcanzado justa estimación otra obra suya acerca de la importante ley catalana que empieza con las palabras *Los impúbers* y trata de la sucesión ab intestato de los impúberes (2). Digo fué verdadero tratadista en estas obras, pues no se limitó en ellas a un comentario de las Constituciones *Hac nostra* y *Los impúbers*, y así la primera es un estudio completo de derechos de la viuda en Cataluña y la segunda de la sucesión ab intestato de impúberes.

Antonio Vilaplana, otro leridano, completó y amplió la obra de Peguera sobre laudemios *Ilustrationes feudales et emphyteuticales ad constitutionem: Item ne super laudemio 2, vol. 1, tit. 28, de Jure emphyteutico* (Barcelona, 1687) y escribió un *Tractatus de Brachio Militari et pristina nobilitate gotholanorum*

---

(1) Lérida, año 1629. Segismundo Despujol, que se distinguió por sus extractos de los comentarios de Mieres, había publicado en Barcelona, 1610, unas *additiones* a lo que dijo Mieres de la famosa Constitución *Hac nostra* dada en las Cortes de Perpiñán de 1351.

(2) *Commentaria sive glossemata ad utilioren quandam ex constitutionibus Principatus Cathaloniæ incipientem los impubers sub rubro de pupilaribus et aliijs substitutionibus.* Lérida, 1617.

(Barcelona, 1684), en el cual reseña minuciosamente los privilegios, exenciones y prerrogativas de la nobleza catalana. Esta obra se ocupa con mucho acierto de dotes, heredamientos y otros puntos de derecho civil.

De esta manera de escribir sobre casos prácticos, pero sin la grandeza y realismo de Fontanella, son las *Variæ resolutiones juris* de Acacio Antonio de Ripoll; en materia de derecho las más de ellas referentes a enfiteusis, esponsales y matrimonio, dotes, compra-venta, arrendamiento, testamentos y ejecución de censales y violarios. Es notable su tratado de regalías, *Regaliarum tractatus*, del mismo autor (Barcelona, 1644).

Lo propio debe decirse del tratado *Rerum judicatarum in sacro regio senatu Cathaloniæ* por Juan Pablo Xammar, doncel de Barcelona, obra que podrá, en materias de derecho civil, consultarse con fruto. Fontanella, Ripoll, el catedrático Valencia, hicieron gran elogio de Xammar. Su obra la escribió a la vuelta de la revolución separatista de Cataluña (1640 a 1652). Xammar pertenecía al partido español, y por este motivo, lo mismo que Vinyes y Durán y otros jurisconsultos, sufrió persecución (1). Antes de la revolución o sea en 1639 había publicado su tratado interesantísimo *De officio judicis et advocati*, y mucho más tarde su obra *Civilis doctrina de antiquitate et religione, regimine privilegiis inclytæ civitatis Barcinone* (1668), útil para estudio de especialidades del derecho civil y organización político-administrativa de la capital.

No se separaba la ciencia jurídica de la inclinación de buscar sobre todo y ante todo el derecho en sus formas más vivas: la costumbre y la jurisprudencia. Seguían los estudios de resoluciones y los dictámenes (*Consilia*) y en esto se distinguió el noble de Ramón, hoy no tan estudiado como otros autores, y a fe que bien merece figurar en primera línea.

Nacido en Perpiñán, profesor en Barcelona, figuró José de Ramón en sus *Consilia*, libro honrado con una gran edición italiana (2), a más de la catalana (3), y comentado y ampliado

(1) Todos estos datos resultan del prólogo y elogios preliminares de su obra.
(2) Bolonia, 4 tomos, fol. 1689.
(3) Barcelona, 1628.

por Balducci en Bolonia, expuso sin clasificación ni método, a la manera de Peguera y Cancer, dictámenes acerca de dotes, bienes vacantes (materia interesante), hijos puestos en condición, y entre otras muchas materias, lo más sugestivo que escribió unas cuestiones a que da lugar algunas veces el contrato de compra-venta. Casi al tiempo que un italianoc omentaba y ampliaba la obra de un jurisconsulto catalán, resultaba un intercambio curioso, porque Francisco Romaguera, ciudadano honrado de Gerona e hijo de La Bisbal, publicaba en Gerona, en una bella edición, el libro del italiano Antonio Conciolo sobre los estatutos de la ciudad de Eugubio (1) (hoy Gubbio en la Umbria), adornándolo con no pocas glosas y comentarios de derecho catalán en punto a la prescripción, ejecución de últimas voluntades, donaciones, dotes, contratos con menores, hijos puestos en condición, servidumbres y otros asuntos; todos ellos objeto de la vida cotidiana en los despachos curiales.

Verdad es que otros se dedicaron a empresas semejantes ya en el siglo XVI: Moles, Cassador y otros, y sobre todo en aquel siglo XVII, que fué edad de oro para la literatura jurídica del Principado, se distinguió el obispo de Urgel, arzobispo después de Tarragona Pablo Durán, auditor de la Rota, que publicó en varias ediciones sus comentarios a las sentencias de la Rota de que fué auditor (2). Era este obispo un gran jurisconsulto: bastaría a acreditarlo un excelente tratado que publicó sobre condiciones imposibles y prohibidas en los contratos y testamentos (3). Otro jurisconsulto, José Vileta, se distinguió en obra semejante de arreglo y comentario de las sentencias de la Rota romana (4). Vale la pena, además, de recordar otra

---

(1) Statuta civitatis Engubij, etc., etc., accesserunt huic editioni Additiones Francisci Romaguera I. C. civisque honorati gerundensis a villa de la Bisbal orti, juri Gotholano conformes, ac juxta jus commune ampliatæ et compactæ autoritatibusque fere omum Doctorum recentiorum exornatæ, materias canónicas, civiles, criminales ac Políticas continentes, omnibus practicis, maxime Gotholanis perutiles et necessariæ. Gerona, ed. Palol, 1685.

La obra más importante de Romaguera es la de sus comentarios a las *Constituciones sinodales Gerundenses*, 1691.

(2) *Decisiones Sacræ Rotæ romanæ coram reverendissimo domino Paulo Durán episcopo urgellensi*. Lión, 1638, gran folio.

(3) *Tractatus de conditionibus et modis impossibilibus ac jure prohibitis contractibus et testamentis adscriptis*. Lión, 1639, gran folio.

(4) José Vileta, catedrático de Decretales en la Universidad de Barcelona. Arregló las decisiones de la Rota reunidas por Francisco de Rojas, arzobispo de

importante colección de Decisiones de la Rota, trabajo de un obispo de Urgel, don José Ninot (1).

Con esto finía el siglo XVII y florecía Tristany, que al amparo de la Generalidad o Diputación de Cataluña editó tres tomos de Decisiones, en méritos de aquella Constitución de las Cortes de 1542, que puso a cargo de la Diputación el publicar la jurisprudencia del antiguo Senado de Cataluña o Real Audiencia, precepto que se cumplió sobre todo en la jurisprudencia penal, ilustrándola los grandes criminalistas: Peguera, Amigant, Cortada y Calderó. Concluyó este gran período con el siglo o mejor dicho con la independencia de Cataluña. Comes lo acabó con el libro *Viridarium artis notariatus sive Tabellionum* (Gerona, 1704), que en su primer tomo es un tratado de vulgarización, sistematizado y completo de derecho civil por orden de instituciones (2); por estas condiciones y su gran claridad fué luego apreciado, y sirvió en la práctica notarial durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, ayudando a ello el haberse traducido al castellano (3).

Porque no tuvo la fortuna de ser traducida otra obra de notaría que se publicó veinte años antes que la de Comes, no ha circulado como podía; me refiero a la de Jerónimo Galí: *Opera artis notariæ theoricam simul et practicam erudictionem complectencia* (Barcelona, 1684), hecha con mucho método, inspirándose evidentemente en Rolandini y otros italianos.

De manera que si la fama de muchos autores pudiera acrecentarse, y aun formarse con las traducciones del latín olvi-

---

Tarragona. Lión, un vol. en folio, año 1662. En esta fecha Vileta había fallecido, según dicen los editores en el prólogo. La obra se titula: *D. D. Francisci de Roxas, archiepiscopi tarraconensis Decisiones Sacræ Rotæ romanæ ex originalibus depromptæ studio et diligentia Josephi Vileta j. v. d. ac in universitate Barchinonensi Decretalium Cathedræ Moderatoris publici.* Lión, 1662.

(1) *Decisiones R. P. D. Joseph Ninot hispani Sacræ Rotæ Romanæ Auditoris Episcopi illerdensis.* Publicadas junto con las de Gutiérrez Argüelles y F. Zárate en Roma, 1673.

(2) Guardo en mi poder algunos libros de la biblioteca de Comes y parte del original manuscrito del *Viridarium.*

(3) *Tratado teórico-práctico del arte de notaría, traducción libre de la obra que con el título de Viridarium artis notariatus escribió en latín don José Comes,* Barcelona, 1826.

Esta traducción hizo don Ignacio Sanpons y Barba, el esclarecido escritor que resumió en castellano la obra *De pactis,* de Fontanella. Véase COROMINAS, *Suplemento para ayudar a formar un diccionario crítico de escritores catalanes,* Burgos, año 1846.

dado, y es un ejemplo la obra de Comes ¿cuánta no sería la de muchos jurisconsultos de esa gran época del derecho catalán si se hubiesen vertido sus obras a las lenguas romanas y puestas así al estudio y consideración de los contemporáneos?

Los tomos oficiales de jurisprudencia civil, ordenados y comentados por Tristany, que escribió en este último período, publicados en 1686, 1688 y 1701, o sea al terminar su vida el antiguo Senado de Cataluña, prestan para la práctica la inapreciable ventaja de trasladar el texto de las Sentencias, y acreditarse así por modo oficial la doctrina de los autores admitida por los tribunales, en las condiciones que la actual casación exige en España; con que la traducción de esta colección de jurisprudencia civil hubiera superado en ventajas para el ejercicio de la abogacía catalana a cualesquiera otras obras de ese período.

III

La doctrina de los autores

La ciencia jurídica de Cataluña en el siglo XVIII

I *El decreto de Nueva Planta.—La Universidad de Cervera.—Escuela cerverina en el derecho.*

II *El realismo de la escuela cerverina prescinde en la constitución del derecho civil del elemento sociológico.*

III *El jurisconsulto Finestres tipo representativo de la época. Sus obras. Sienta el axioma de que el derecho catalán era sólo el romano. Confunde el derecho de un país con la ley escrita, porque considera el derecho sólo un producto del legislador único el Rey. En este sentido encuentra pobrísimo el derecho civil de Cataluña.*

IV *El derecho catalán obra viviente en la costumbre y en la jurisprudencia en oposición al criterio de la escuela cerverina. Exposición breve de este tema.*

V *Oposición sistemática de la Escuela de Cervera al derecho-costumbre. Una obra del catedrático Mujal sosteniendo que los súbditos no pueden introducir la costumbre sin permiso del Rey. Niega a los súbditos la competencia en apreciar si la ley es justa o injusta.*

VI *Mujal como autor del primer compendio completo del derecho civil catalán. Estorbo que fueron para él sus anteriores opiniones. Es un precursor del renacimiento del derecho civil de Cataluña. Examen de su* Annotationes.—*Verdadera esencia del derecho civil catalán en la doctrina y la jurisprudencia.*

VII *Influencia del método escolástico en la filosofía y en los estudios de derecho.—Crítica acerca de lo que sobre este particular pasaba en Cervera según un viajero italiano.*

VIII Otros autores de la escuela de Cervera: Grau, Torrescasana, Vallgornera, Coll, Rialp, Potau, Gibert, Tos; obras de derecho catalán de estos últimos. Cabañach.—El jurisconsulto D. Ramón Lázaro Dou cierra esta época; las obras y prestigios de Dou.

I. Mal siglo el XVIII para Cataluña, y peor para su derecho. Después de aquella poderosa tempestad llamada guerra de sucesión con que se inauguró el siglo, un nuevo orden de cosas, una Nueva Planta como quisieron llamarla, se estableció en el gobierno antes libre del Principado. En esta Nueva Planta, el derecho civil catalán fué respetado por completo, entendiéndose que era de nuevo establecido (1), es decir, el Rey le daba vida y valer, no las Cortes. De aquella hora en adelante se levantaba como único poder legislativo la autoridad del Rey de España. La ciencia y literatura jurídicas se refugiaron en la tristemente célebre Universidad de Cervera, y su pobre imprenta, en mezquinas ediciones, substituyó para las obras de derecho, a las antes fecundas y soberbias ediciones de Barcelona, Lérida, Gerona, Lión, Génova, Colonia y Venecia.

Visto el edificio, que todavía se conserva, de esa Universidad, edificio forastero y francés en su estilo, tiene por remate su fachada, y la abruma, una grandísima corona de hierro, corona desproporcionada, a manera de símbolo del realismo avasallador en todo y especialmente en el derecho.

II. El realismo, que encontraba como única fuente de derecho la autoridad real en el orden civil y político, y aun se atrevía a lo religioso, autoridad absoluta que se manifestaba en reales decretos o acuerdos, hasta el punto de que toda la antigua legislación civil de Cataluña no regía sino por concesión del monarca *como si la hubiese dictado de nuevo* (2), había de eliminar, como eliminó, del derecho civil su elemento sociológico. Considérase en efecto que las relaciones jurídicas de los

(1) Cap. 42 del Decreto de Nueva Planta, ley 1, tit. 9, libro 5 de la Novísima Recopilación.

(2) «En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, mando se observen las Constituciones *que antes había en Cataluña*; entendiéndose *que son de nuevo establecidas por este decreto*, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él.» Capítulo 42 del Decreto de Nueva Planta de gobierno de Cataluña por Felipe V, en 16 de enero de 1716.

hombres catalanes respecto a la familia y la propiedad, vivían en cuanto la autoridad real las consentía y regulaba en ley escrita.

Enseñábase a los escolares de derecho y cánones, prescindiendo del derecho civil español, ni castellano ni catalán; en dos años el derecho canónico y en cuatro el romano dogmáticamente explicado sobre el texto de las leyes; quedaban proscritas las obras extranjeras por sospechosas (1).

III. La escuela cerverina en el derecho, porque verdadera escuela llegó a formarse, dominando mientras la Universidad única dominó, mejor que explicarla será verla en un hombre representativo de ella, hombre superior bajo todos conceptos: su catedrático don José Finestres y de Monsalvo.

Era el doctor Finestres hablista esmerado, conocedor del latín y del griego como pocos en su tiempo, y así del francés y del italiano. Se dedicó a la música; también manejó los pinceles, inspirándose en la escuela de Viladomat que entonces en Cataluña gozaba de gran prestigio. Entregándose a los estudios históricos recogió y explicó las inscripciones romanas dispersas por el Principado (2), lo que le valió por cierto la crítica acerba del Padre Flores, el gran autor de la obra monumental *La España sagrada*, y de este mal paso procuró defenderle Dou, otro autor de derecho conocidísimo (3), revelando con este motivo los apuros de quien como Finestres a tan varios horizontes de las artes, las ciencias y las letras llevaba sus entusiasmos y

---

(1) El plan de estudios de la Universidad de Cervera puede verse en la minuciosa obra inventario de las cosas de dicha universidad. Rubio, *Historia de la real y pontificia Universidad de Cervera*, Barcelona, 1915. De las págs. 295 a 299 extracto el siguiente orden de las asignaturas:

Cánones. Año primero: títulos de *judiciis* o el de *foro competenti; de officio et potestate judiciis delegati. De principio juris canonici.* Año segundo: sobre posesión y propiedad, *de jure jurando.* Año tercero: de prebendas, rescriptos, divorcios, etcétera. Año cuarto: *de simonia, de usuris, de consecratione.*

Leyes. Año primero: *de liberis et postumis, de adquirenda possessione, de locato conducto, ad senat. cons. trebell. de jure fisci.* Año segundo: *De vulgaris et pupil. subst, de reb. creditis, de contrahenda stipulatione, qui testa. facere possunt, excusationibus munerum.* Año tercero: *de adq. vel omitend. hered. De Usucapionibus, de in integrum restitut. ad legem Falcidiam, ed pascis publicis et privatis.* Año cuarto: *de inoffi. test. de apellat.; de acusat.; de mortis causa donat; de Studiis liberalibus artium sive de jure academico.*

(2) *Silloge inscriptionum romanarum quæ in principatu Cathaloniæ vel extant vel aliquando extiterunt.* Cervera, 1762.

(3) *Finestresius Vindicatus a don Raymundo Lázaro de Dou et de Bassols, adversus clarissimum virum Henricum Florezcium.* Barcelona, 1772.

afán de saber, desde el triste rincón de la tierra de Segarra donde se sentaba la Universidad. Veíase sin libros las más veces para consultar, y con una pobre y destartalada imprenta para estampar sus trabajos de derecho y de historia (1).

Finestres señala una época y una influencia. El sentó a manera de axioma que el derecho catalán era el derecho romano, dado que siendo tan pocas nuestras leyes indígenas, en los más de los asuntos no decidían los problemas prácticos, ni tampoco el derecho canónico, y era forzoso, y se imponía, pero de un modo inexcusable y apremiante, el estudio del derecho romano, que bajo este concepto, decía, podemos considerar como patrio (2).

Esta opinión de Finestres es la que todavía hoy priva entre algunos abogados, y hay que abandonarla. Ella es el mayor obstáculo para formarse idea de un derecho catalán propio, que debe buscarse no solamente en los Códigos sino tres cuartas partes en la costumbre y jurisprudencia. Desde el punto de vista de las leyes escritas y compiladas, suman muy pocas las Constituciones, Usajes y Pragmáticas referentes al derecho civil, y aun muchas de ellas están abrogadas, inaplicables y en desuso, si se compara su número con la legión

---

(1) Sus obras jurídicas, por orden de valor científico, son las siguientes: *Josephi Finestres et de Monsalvo Barcinonensis jurisconsulti et in regio cervariensis Athenæo primarii legum antecessoris emeriti De jure Dotium*, libro V, Cervera, 1754, un vol.

Josephi Finestres et de Monsalvo Barcinonensis jurisconsulto; et in regio cervariensi Athenæo primari legum antecessoris Prælectiones cervarienses sive comentarii academici ad titulum Pandectarum de *liberiis et postumis* cui subjungitur diatriba *De postumis heredibus instituendis, vel exheredandis* et ad titulum *De adquirenda vel omittenda hereditate*. Cervera, un vol. *De inofficioso testamento ac de vulgari et papilari substitutione*, otro vol. Cervera, 1752.

(2) Tal se expresa en el prólogo de su obra de derecho civil más celebrada. Su título es:

«Don Josephi Finestres et de Monsalvo Barcinonensis jurisconsulti et in Philipico cervariensi Athenæo primaci legum antecessoris emeriti *in Hermogeniani jurisconsulti juris epitomarum*, lib. VI commentarius.» Cervera, dos vol. 1757.

Demuestra la necesidad de considerar propio y necesario para los catalanes el derecho romano con estas palabras: «At quanta ocurrunt negotia neque Municipali; neque Canonico jure decisa? Innumera sane. Istud namque paucissime admodum continet, quorum in sæcularibus Tribunalibus usus sit ullus; illud vero quum intra arctos fines coerceatur, dubiorum quæ frequenter suboriuntur decisionibus non sufficere quotidiana docemur experientia; quemadmodum et aliis accidere solet, qui Municipalibus legibus utuntur. Quid enim complexu suo continet jus nostrum? Usaticos nempe, qui fere omnes obselererunt; Consuetudines Feudorum, et Servitutum, Pragmaticas sanciones nonullas, et Constitutiones in Comittus factas. Sed quam in his omnibus exigua sit pars eorum quæ in Tribunalibus agitari solent, nemo non intelligit.»

copiosa, innumerable, de textos del *Corpus juris*, mayormente cuando éstos se citan a granel sin distinguir épocas ni tiempos, sin pararse en lo que Justiniano destruyó y purificó del viejo derecho; y así sucede que los fragmentos romanos abundan para las más raras opiniones y sirven a la resolución de todos los casos cualesquiera que sean; los usajes, constituciones y otros derechos todo lo contrario; pero esto depende del punto y sitio desde el cual el jurista observa el derecho de un país. Para los hombres de la Universidad cerverina, el derecho era un producto del legislador único: el Rey, manifestado en una sola forma: la ley, estudiado de una sola manera: la glosa, desentrañando el sentido de los vocablos del texto escrito. Con este criterio, nuestra legislación catalana es miserablemente pobre, como desde este punto de vista sería pobre la legislación inglesa y la alemana anterior a su Código reciente.

IV. Pero si nuestro derecho se examina sociológicamente, si se considera como obra viviente, palpitante, de la sociedad misma, manifestando su labor seguida en la costumbre y en la jurisprudencia del antiguo Senado de Cataluña y en la opinión formada por juristas y notarios en prácticas y usos de contratación de familia y sucesiones, abriráse entonces ante nuestros ojos el filón espléndido de riqueza jurídica del derecho catalán como no lo tuvo derecho civil alguno. Se dirá que las decisiones del antiguo Senado se moldeaban en el derecho romano, que las viejas costumbres en el derecho feudal de los tiempos en que aparecieron, y acaso que lo único genuino, son las Pragmáticas y Constituciones de Cortes, más atentas a la necesidad de momento que a sentar principios generales; pero, a pesar de ser esto en parte cierto, no basta a quitar al derecho catalán su fisonomía propia consuetudinaria. Así se explica que nuestras grandes instituciones como los capítulos matrimoniales fundamento de nuestra familia civil, viven apenas sin textos escritos que los regulen; que a nuestra gran forma de sucesión, los heredamientos, le pasa lo mismo y así nuestras grandes instituciones referentes a la propiedad, *establiments*, *rabasses*, *masoveries*, cartas de gracia, etc. Y no en otra parte hay que buscar la causa de que resoluciones varias, casos, jurisprudencia y no glosas y tratados didácticos enriquecieron nuestra litera-

tura jurídica. Otro tanto sucede actualmente con el derecho inglés (1) y sucedió en Alemania, Francia e Italia.

La jurisprudencia y la doctrina de los autores, verdadera costumbre jurídica al aplicarla como norma y pauta, esa es la esencia del derecho romano catalán, o sea el *derecho civil común* modificado, y esto no supieron ver los doctores de Cervera, y no lo acertaron a comprender, culpa en gran parte de la época en que vivían.

V. Su oposición al derecho elaboración social y popular fué sistemática, y así había de ser que saliese de Cervera para imprimirse en Madrid un libro diatriba contra la costumbre como fuente de derecho. Es el espejo de la ciencia de Cervera en aquel siglo XVIII y se titula: *Desengaño al público con pura y sólida doctrina. Tratado de la observancia y obediencia que se debe a las leyes Pragmáticas, sanciones y reales decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado Monárquico de las costumbres, que sin consentimiento del príncipe se introducen en contrario, e interpretaciones que se dan por los súbditos; y finalmente que no depende el valor o fuerza de la ley del Soberano de la aceptación de los súbditos, ni éstos tienen libertad para dejar de aceptarla* (2). Por este título tan extenso puede juzgarse de las opiniones de la obra. Defiende en forma escolástica curiosísima lo que va a verse por siguiente fragmento: «En nuestro Estado monárquico no pueden los súbditos introducirla (la costumbre) legítimamente sin consentimiento del Príncipe; y esto es bien claro y solidísima la razón: porque como aquélla tendría fuerza de ley, habríamos de decir que reside potestad legislativa en los súbditos: luego no siendo así, debe recibir su firmeza de la autoridad del Monarca.... y de esto mismo se infiere y deja ver a todas luces, que mucho menos pueden los súbditos introducirla contra la ley sin consentimiento del Príncipe; porque nunca sería razonable siendo contra la ley, pues ésta no puede dejar de serlo; y de otro modo no sería ley... Me explicaré con mayor claridad: ¿la ley es razonable y justa o no? Si lo es, no puede

(1) Véase el Prefacio de la gran obra de GLASSON *Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Paris, 1882-1883.

(2) Su autor fué el doctor don Juan Antonio Mujal y de Gibert, *Catedrático de leyes en la real y pontificia Universidad de Cervera*, Madrid, 1774.

serlo la costumbre contraria, porque se opone a aquello que es justo y razonable; *si no lo es, sólo el Príncipe puede enmendarla o abrogarla, pues esto corresponde a quien toca constituirla.* Y si dijésemos que pueden los súbditos abrogar la ley con la costumbre contraria, no sólo habríamos de *suponer potestad legislativa en ellos*, sí también tenerla superior al que hizo la ley, o al Príncipe; de que se seguiría tan grande absurdo, *como tener potestad el inferior sobre su superior*; y tan manifiesta contradicción, como ser juntamente en una misma cosa superior e inferior.»

Más adelante se expresa diciendo: «No le compete al súbdito conocer de la justicia o injusticia de la ley; esto sí que sería contra el bien público y tranquilidad de la Monarquía, *si se permitiera al pueblo juzgar de aquello.* ¿Pues qué otra cosa sería, sino abrir camino a tumultos y sediciones? Diré lo que el abad Torné en semejante materia: «¿Qué alborotos, qué horrores, qué guerras civiles tan fatales y qué estragos no debía hacer temer a los siglos venideros este político delirio, si se llegase a apoderar del espíritu de los pueblos?» (1).

Estas ideas, esparcidas por España gracias a la influencia del realismo francés, pues jamás fueron genuinamente españolas, estaban en abierta oposición con el derecho canónico (2) y con la tradición catalana.

VI. Mujal, que era el autor que tales frases escribió, merece sin embargo nuestro mayor respeto, porque, acaso antes que otro alguno, en forma y título modestos, dió un abreviado compendio de notas para la primera obra de conjunto del derecho catalán, en la cual siguió el orden de las instituciones de

---

(1) Obra citada, págs. 50, 51, 97 y 98.

(2) Basta recordar de las Decretales. XI, lib. I, tít. IV. *De consuetudine*, aquellas palabras que se refieren a la costumbre contra ley. «Licet etiam longevæ consuetudines non sit vilis authoritas: non tamen est usque adeo valitura, ut vel jure positivo debeat præjuditium generare nisi fuerit rationabilis et legitima sit prescripta.»

Otro autor cervariense, en una notable obra, forzado a interpretar este y otros textos del derecho canónico, a pesar de que reconoce como argumento de que la costumbre no necesita ser conocida del legislador para subsistir porque así lo expresa bien claro el cap. I del Sexto de las Decretales, lib. I, tít. I, *De Constitutionibus*, todavía sostiene que para introducir legítimamente una costumbre se requiera el consentimiento del legislador; me refiero a la obra de don José Grau de Sunyer, *Specimen Veteris et novæ jurisprudentiæ sacræ et civilis academico forense juxta ordinem Decretalium*, Barcelona, impreso por Soldevila, 1744 (?).

Justiniano (1) y por cierto que en esta obra recuerda su dicho opúsculo para afirmar de nuevo que *Nullam vim in statu Monarchico habere consuetudinem absque Principe consensu satis probasse mihi videor insupracitato opusculo meo,* y añade que en derecho catalán esto viene corroborado por una Constitución de Fernando el Católico de las Cortes de Barcelona de 1481 (2), que en verdad trata de que no deben prevalecer ciertos usos aunque fuesen inmemoriales; pero son los usos que contra Constitución el rey o sus empleados introdujesen contra «los Usajes, las Constituciones de Cataluña, capítulos de Corte, privilegios, *usos, prácticas y costumbres*», con que se manifiesta que esta Constitución, como tantas otras, tiene mira a contener los excesos del poder real y no a proscribir el sistema consuetudinario, cuando precisamente la dictaron para que quedasen incólumes «los usos, prácticas y costumbres» del Principado.

Pero apartado este particular, vale bien la pena de fijarse en esta obra de Mujal, *Annotationes*. Su mérito es excepcional como obra de un precursor.

Ordena las instituciones de derecho catalán a la pauta de las instituciones de Justiniano, pero no pasa su romanismo de esta clasificación externa. Concibe el derecho civil catalán completamente separado del romano, en tanto que lo coloca aparte y al final de los capítulos. Estos suelen empezar con estas o parecidas frases: «*In hoc Principatu... In Cathalonia... Patrio Cathalonia jure... Jure Patrio Cathalauniæ*», etc., y la sección final de los capítulos con referencia al derecho romano invariablemente la empieza diciendo: «*De romano jure videris* Donello, Cujacio», etc., etc., sin concederle grandísima importancia, antes muy escasa y en pocas líneas.

Esto en cuanto a la exposición. En cuanto al fondo, llama desde luego la atención, y este es el mayor mérito de la obra de Mujal, que explica o anota el derecho civil del Principado

---

(1) *D. D. Joannis Antonii Mujal, et de Gibert I. C. Thorannensis* (natural de la villa de Torá) *Digesti Veteris in Cervariensi Academia Regii Professoris, noviter digesta Justinianici Institutionum juris, et Patrii Catalauniæ Annotationes bene multis indicatis fontibus, ex quibus aquam haurire liceat,* Cervera, 1781.

(2) Es la 10, lib. I, vol. I, tit. 17, *De observar Constitucions.*

poniendo en orden, primero el texto de los Usajes y Constituciones, y donde no hay ley escrita, la costumbre, y las obras de Cancer, Fontanella, Ripoll, Mieres, etc. No suple la deficiencia de la ley escrita catalana con el texto de otras leyes extrañas supletorias, canónicas o romanas, sino con la jurisprudencia catalana, atestiguada por nuestros viejos e insignes comentaristas.

VII. Verdaderamente Mujal fué un precursor del renacimiento de nuestro derecho civil, y se adelantó a su tiempo, que era tanto como adelantarse de cien años, en el concepto verdadero de nuestro cuerpo de derecho civil y substraerse a la abrumadora exégesis de los textos, exprimiéndolos y sujetándolos a la presión escolástica de distingos y análisis enrevesados, sistema seguido en el estudio de la filosofía y que forzosamente debía influir y aun imperar en los estudios jurídicos. Así estaban estos procedimientos en muchas Universidades o en casi todas las de Europa, pero en la de Cervera en punto extremo.

Un viajero, durante el siglo XVIII, escribió, de la Universidad de Cervera: «Se aprenden aquí todas las Facultades, empezando por la gramática, y hay establecidas cuarenta y seis cátedras. Siguen escrupulosamente, aun en la Filosofía, unos a Santo Tomás, otros a Escoto, y otros a Suárez, denominándose Tomistas, Escotistas y Suaristas; escuelas en donde la pobre juventud pasa las horas con muy poco provecho, no oyéndose retumbar por aquellas paredes sino cuestiones inútiles, de las cuales (olvidados los términos abstractos) sólo queda un puro nada, y si queda alguna cosa sólo será el pesar de haber perdido el tiempo» (1).

VIII. Era el mal europeo, acaso aquí exacerbado; más en justicia debe reconocerse que la escuela cerverina ha dejado a la posteridad obras notables, aun dentro de esa particular manera de desarrollar la ciencia del derecho. Bastaría lo que escribió Finestres para acreditarlo con cualquiera de sus tratatados: el referente a los póstumos por ejemplo. Hubo otros autores cervarienses menos conocidos, y alguno que no le cedía en méritos. En esta categoría, por la claridad, concisión

(1) Citado por PONS, *Viaje de España*, Madrid, 1788, tomo 14, págs. 158 y 159.

y abundancia de doctrina, que recuerda a Voet, Nood y otros autores flamencos y holandeses, pongo a D. José Grau de Sunyer, profesor de Decretales; y es conocido también D. José Antonio Torrescassana, que escribió dentro de esta fórmula y estilo, en punto a obligaciones y contratos, con gran maestría (1); asimismo, D. Antonio de Vallgornera, de una ilustre casa catalana, el cual, con pretexto de una discusión pública, y esta era la forma que solían valerse los alumnos de Cervera, escribió un selecto comentario a los textos que en el Digesto figuran del jurisconsulto romano Sexto Cecilio Africano (2). En derecho civil, ya que prescindo de estudios cervarienses en otras ramas del derecho, escribió Francisco Ignacio Coll unas anotaciones eruditas sobre textos de Marciano, referentes a prendas e hipotecas, esparcidos en las Pandectas, los cuales ordenó, corrigió, y explicó en pocas páginas admirablemente. Todos estos trabajos y muchos otros que no cito, por su forma académica de disertaciones, son poco conocidos y menos estudiados, aunque es donde se muestra la ciencia romanista de los doctores de Cervera. Se cita también la *Clavis aurea*, de don Antonio de Pastor, y un «derecho civil abreviado», de Antonio Juglá (3). Mucha de esta ciencia no pasó de las aulas por no haber llegado a la imprenta, y es lástima que por ello no conozcamos la de D. José de Rialp, que explicó derecho romano con gran conocimiento histórico,

---

(1) La obra de Torrescassana lleva el curioso título de *Velitationum juris*, y contiene cinco tratados cuyos asuntos son: de contratos en general; de obligaciones divisibles e indivisibles; de mutuo y senado-consulto Macedoniano; de comodato; de depósito y secuestro; de prenda. Impreso en Cervera formando un volumen en 8.º de 496 páginas e índice, sin fecha, pero los tratados fueron escritos en 1741. La obra importante de Grau se titula: *Specimen veteris et novæ jurisprudentiæ sacræ et civilis academico-forense;* fué impresa en Barcelona (según la licencia, pues la portada no trae fecha) en 1741; consta de 800 páginas.

(2) *Africanus defensus, et illustratus sive Sext. Cæcilii Africani jurisconsulti fragmenta omnia, quæ in Pandectis Justinianeis supersunt, decepta ex Libris IX. Quaestionium cum Scholis quibusdam tumultuariis publicæ disputationi exposita et favente Deo, propugnanda a D. Antonio de Vallgornera et de Llunes olotensis*, J. C. Stud. Cervera Ibarra, 1736.

(3) *Ælii Marciani J. C. liber singularis ad formulam hypothecariam restitutus et emendatus.* Cervera, sin fecha de impresión, pero la disertación fué en Abril de 1758. TORRES AMAT, *Diccionario de escritores catalanes.* ARDERIU, *Relación de las obras impresas en Cervera.* (*Butlleti del Centre Excursionista de Lleyda*, año 1912.) JUGLÀ, *Ius civile abreviatum*, Barcelona, 1781. ANTONIO DE PASTOR, *Clavis aurea, qua penitiora Jurisprudentiæ adita reserantur sive de fictionibus juris civilis Syntagma.*

buena falta hacía entonces, y la filosofía griega influyendo en tal derecho (1). Al concluir el siglo XVIII vieron la luz en Barcelona algunas obras, que responden a ese renacimiento del derecho catalán iniciado en Cervera por Mujal; la *Theorica Artis notariæ*, por Gibert, notario de número de la capital. Si se observa esta obra recuerda el plan de la de Comes: como ella abarca todas las instituciones del derecho explicadas a modo de compendio abreviado. Como quiera que dicho libro se vertió al castellano por D. Eugenio de Tapia y se publicaron varias ediciones (2), algunas ampliadas por otros jurisconsultos, ejerció positiva influencia no sólo en la contratación, mas aun en los tribunales durante los últimos años del siglo XVIII y en todo el curso del XIX.

También el abogado barcelonés D. Jaime Tos y Urgellés publicó, y por cierto que ya no en latín sino en castellano, y en estilo mesurado y claro, una obra que prestó buenos servicios prácticos en punto al conocimiento de los *Establiments* o enfiteusis catalana; la tituló *Tratado de la cabrevación según el derecho y estilo del Principado de Cataluña. Sus utilidades, y efectos, del modo de principiar, y seguir las causas de cabrevación, de los privilegios y pretensiones del señor directo, o mediano y de las excepciones que competen al reo o enfiteuta* (Barcelona, 1784).

La aparición de este libro, monografía completa de un punto especial de derecho catalán en gran parte consuetudinario, reanudaba la tradición de los jurisconsultos y tratadistas, que se había cortado con el Decreto de Nueva Planta, y ofrecía a la curiosidad científica una nueva forma de exposición breve y clara, en otro idioma que el latín, con tendencia a filosofar, cosa en que fueron muy parcos los antiguos autores, acerca de las ventajas económicas y sociales de una institución; aunque la de los *Establiments* se presta para ser estudiada de este modo. El tratado de cabrevación de Tos vió la luz en 1784, mas por su estilo y fondo es ya una obra del siglo XIX, y se enlaza

---

(1) Moxó, *De Josephi Rialpii juris consulti barcinonensis sigulari in literas proestancia commentarium*. Cervera, 1802.

(2) Barcelona, 1772, en latín. En castellano, Barcelona, 1828, 1846 y 1875; esta última ilustrada con muchas notas, completada con un *tratado de laudemios* y un *compendio de la prescripción catalana*, por D. Félix M.ª Falguera.

sin violencia con los trabajos que publicó Dou en defensa de los *Establiments* o enfiteusis catalana (1).

Otro tanto sucede con las obras del Dr. D. Poncio Cabañach aunque inferiores en claridad y método, escritas también en castellano y formando un tratado especial de una institución jurídica. Cabañach trató de servidumbres extensamente, y algo de heredamientos (2).

Por fin un hombre notable cierra el período de la escuela cerverina y abre la nueva era de los estudios jurídicos del siglo XIX, don Ramón Lázaro Dou y de Bassols, Cancelario de dicha Universidad, discípulo predilecto de Finestres y su verdadero continuador, y aunque escribió y publicó sus obras en el siglo XIX, corresponde por su escuela al siglo anterior. Por primera vez y en castellano publicó, formando cuerpo, el derecho civil español y unido a él la especialidad del de Cataluña (*Instituciones del derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier estado.* Madrid, 1800 a 1803; 9 tomos). Seguramente esta obra le elevó en su día a la presidencia de las Cortes de Cádiz. Dou empezó a trabajar en ella en 1776 (3). Dado a los estudios económicos, cuya afición entonces nacía en España, publicó varios tratados importantes y planteó resueltamente la discusión en el terreno social y económico, más que en el jurídico, en su libro interesantísimo para el estudio del enfiteusis o *establiment* catalán y sus laudemios (*Proyecto sobre laudemios y derechos enfitéuticos*, Barcelona, 1829) y que dedicó a Fernando VII. No parece la obra de un anciano de 87 años, dada la gallardía del estilo y la firmeza y lucidez de conceptos que empleó en ella.

---

(1) Dou. *Conciliación económica y legal de pareceres opuestos en cuanto a laudemios y derechos enfitéuticos.* Cervera, 1829.

(2) Cabañach. *Prontuario jurídico de elementos prácticos para ejercer el arte de edificar sin agravio del vecino.* 1782, reimpresa en Barcelona 1843. Torres Amat cita la siguiente: *Satisfacción a las preguntas del padre de familia deseoso de evitar pleitos sobre el heredamiento de sus hijos.* Barcelona, 1788.

(3) Díaz. *Biografía o panegírico de D. Ramón Lázaro de Dou, último Cancelario que fué de la Universidad de Cervera.* Barcelona, 1885, pág. 20.

IV

La doctrina de los autores

La ciencia jurídica de Cataluña en el siglo XIX y hasta nuestros días

I *Cambio de ideas jurídicas después de las guerras napoleónicas. La escuela histórica. El romanticismo al comenzar el siglo XIX.*

II *Notabilísima exposición de los abogados barceloneses a favor de la conservación del derecho civil catalán en* 1815; *punto de partida de la llamada* escuela jurídica catalana.—*Ideas formadas con la actuación del pueblo catalán en otros tiempos.—Caracteres de la escuela jurídica catalana.*

III *Primer período de expositores del derecho civil en el siglo XIX. Don Ramón Lázaro Dou y D. Pedro Nolaxo Vives. Traducción y comentario de las Constituciones de Cataluña, por Vives. Razón de ser de esta notable obra. Su carácter de divulgación, que es el de los autores del renacimiento jurídico.*

IV *Segundo período.—Gran esfuerzo de los estudios jurídicos en Cataluña después del paréntesis de la guerra civil. Obras que se publicaron. Sobresale el* Manual del derecho civil vigente en Cataluña, *de los Señores Elías y Ferrater. Forma moderna de divulgación y utilidad práctica de este libro. Reparos que se le han hecho.*

V *Otras obras del final del siglo XIX.* Las instituciones del derecho civil catalán vigente, *de los señores Brocá y Amell. Explanación de este libro.*—El Manual del derecho catalán, *de D. Arturo Corbella.*

VI Los especialistas: *Las obras de Santamaría, Puig Samper, Maspons, Tell, Martí y Miralles, Franquesa, Torrent y otros. Los especialistas por regiones: Oliver y Foquet tratan de la legislación de*

Tortosa, Maluquer de la de Barcelona. Otras regiones: Torroella, Bertrán.

VII Los apologistas: *Cadafalch, Falguera, Trias, Romaní.*

VIII Trabajos publicados con acción del Código civil. Durán y Bas: su Memoria. Borrell: su obra sobre el Código. Romaní y Trias: su anteproyecto de apéndice del Código.

IX Textos publicados de los Usajes por Abadal, Valls. La gran edición de las Constituciones de Cataluña, por el Colegio de abogados. La Revista Jurídica de Cataluña. La Biblioteca de derecho catalán.

I. El levantamiento armado de los pueblos de Europa contra el dominio napoleónico inauguró el siglo XIX y removió de cuajo las viejas nacionalidades; renació su tradicional existencia. También con esto empezaron a claudicar buena parte de las ideas filosóficas y sociales del siglo XVIII. Opuesto al contrato social, inmensa aberración sociológica de buscar el origen de las sociedades en el mecanismo de un pacto, se abrió camino un concepto más humano y real del derecho, y por tanto relativo con el tiempo y el territorio. Repitióse, por olvidado, que las costumbres forman las leyes, y éstas son según las nacionalidades y no por obra del capricho y voluntad única de un Napoleón afortunado, ni por imposición de determinadas doctrinas, sino conforme a la vida real y tradicional de los pueblos. Volvióse, en fin, a la primera noción del derecho civil (1).

Con esto ya había aparecido en Alemania la Escuela histórica. En Inglaterra el romanticismo de Walter-Scott y Osian, que se propagó por toda Europa; cosas ambas que tienen su entronque. La inmensa sacudida dejóse sentir, como en terreno volcanizado, con mucha fuerza en este país de libertad civil, según se revela en la exposición de los abogados barceloneses a que antes en otro capítulo me he referido.

II. «No son acomodadas unas mismas leyes y unas mismas costumbres a todos los países y a todos los tiempos, decían los abogados, sino que es preciso atender a la diversidad de circunstancias, de clima, de genio y aun de antiguas habitudes

(1) Jus civile est, quod quisque populus sibi ipse constituit. Gayo, ley 6 Dig., *De justitia et jure*, lib. I, tit. I.

guardadas por los pueblos desde largos siglos.» Los abogados barceloneses protestaron además del sentido autoritario, a la francesa, en punto a legislar sobre derecho civil encerrándolo en un Código, en lo que revelaron sentir perfectamente lo que era la vida del derecho: «Las necesidades de los hombres, dijeron, son *tan variables*, su comunicación con los demás hombres *tan activa*, sus intereses tan multiplicados, sus relaciones tan extendidas, que es imposible al legislador más sabio y más atinado *preverlo todo, prevenirlo todo, encadenar las acciones de los hombres, oponerse al curso de los acontecimientos* o a la habitud insensible de las costumbres, *conocer y calcular anticipadamente aquello que la experiencia sólo puede descubrir.*» Y más adelante añadieron: «Conviene ser sobrio en innovaciones en materia de leyes, porque aunque sea posible calcular en una nueva institución u orden de cosas *las ventajas que ofrece la teoría y el sistema*, no es fácil conocer todos los inconvenientes *que la experiencia y la práctica sólo pueden descubrir* y revelar después del transcurso de muchos años... que sería absurdo entregarse a ideas *absolutas* y *abstractas* en materias que sólo son susceptibles de una perfeccion *relativa*» (1).

En la exposición de los abogados del año 1815, aquel año iniciador también del renacimiento romántico de Cataluña, encuentro el punto de partida de la llamada escuela o tendencia jurídica catalana, durante el siglo XIX, que se me antoja es la continuación del común sentir de los autores catalanes desde el siglo XV, si exceptuamos el triste paréntesis del realismo de la escuela cerverina.

Era, además, Cataluña variadísima en su organización histórico-social como tierra de feudalismo al que se añadían ciudades y villas reales libres, algunas, a la manera italiana, verdaderas repúblicas. En aventuras marítimas y empresas comerciales el catalán de la Edad Media habíase adelantado a todos los pueblos de Europa; vió y visitó pueblos los más diversos y lejanos, con que la máxima «no son acomodadas

(1) Publicó esta exposición en defensa del derecho catalán, D. Bienvenido Oliver. *Estudios históricos sobre el derecho civil en Cataluña.* Barcelona, 1867; sacóla del Archivo de la Audiencia de Barcelona.

unas mismas leyes y unas mismas costumbres a todos los países y a todos los tiempos», se grabó en el pensamiento catalán por propio y larguísimo ejercicio de ella.

No se me oculta que acaso los abogados de 1815 escribían llena su cabeza de las lecturas de Montesquieu, Filangieri y Portalis; pero sea como quiera, así como las obras de Ossian y Walter-Scott despertaron la tradición histórica literaria de este país creando el romanticismo del que brotó todo el renacimiento catalán del siglo XIX, igualmente por aptitudes especiales aquí se acomodaron o coincidieron en gran parte las ideas de aquellos autores de una manera felicísima. Y llama la atención la característica de esta tendencia, que *no puede ni debe por esto clasificarse dentro de la escuela histórica*, o sea porque pone como condición del buen legislar la observación de los efectos de las leyes, la experiencia, recordando en parte el método experimental de los modernos positivistas y algo de las escuelas francesas e inglesas sobre el medio ambiente.

Ocurría que igual encauce seguía el pensamiento catalán en filosofía con la escuela escocesa, que aquí pusieron en boga Martí de Aixela, Llorens y otros; escuela de observación empírica, y prosperó, apenas sin conocer las obras de los autores escoceses, porque encaja con el carácter positivo y práctico de la raza (1).

Esto, que se halla confirmado en los escritos de Sanponts y Barba, Ferrer y Subirana, Permanyer, Reynals y otros, dió tema a don Manuel Durán y Bas para anunciar que en efecto había entonces una escuela jurídica catalana cuyos caracteres, a su decir, por lo que a estos escritores se refiere, encontraba en tres ideas fundamentales: «Es la primera, que el espíritu nacional debe informar las instituciones jurídicas; es la segunda, que las costumbres crean y reforman más útilmente que las leyes el derecho de los pueblos; y es la tercera, que la uniformidad de la legislación no siempre es justa ni conveniente, y que la codificación no siempre es necesaria ni oportuna (2).

---

(1) Véase TORRAS Y BAGES, *La tradició catalana*, Barcelona, 1892. PARPAL, *Antecedentes de la escuela filosófica catalana en el siglo XIX*, Barcelona, 1914.

(2) DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*. Discurso leído en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en la apertura del año académico 1883.

III. Dos períodos, si tratamos de agrupar los autores de derecho catalán de principios del siglo XIX, se deslindan sin esfuerzo: en el primero sobresale, y ya de él acabo de ocuparme en el anterior capítulo, don Ramón Lázaro Dou y además don Pedro Nolasco Vives.

En mi mocedad todavía me fué grato conocer a don Pedro Nolasco Vives. Recuerdo la venerable figura de Vives en los años en que le vi, que fueron los postreros de su vida. Había Vives comprendido que dado al olvido o descuido del latín y por tanto menos tratadas y comentadas las grandes obras de los jurisconsultos que en latín escribieron, y al mismo tiempo desconocido el catalán en la Audiencia cuando se pobló de magistrados de lengua castellana, y esto pudo observar en los doce años que fué relator, era un apremio de aquellos días (1832) traducir el Código de las Constituciones de Cataluña, y así lo hizo en efecto, no sin añadir en forma de notas extensas las opiniones de los autores, y gracias a esto resultó una obra extraordinaria para la divulgación y de decisiva y gran influencia en la vida del derecho catalán en el transcurso del siglo XIX. Criticaron su estilo, pusieron reparo a su método (1) los que no se impusieron del fin primordial de la obra, que más que enseñar sirvió para allegar elementos y facilitar el estudio de nuestras leyes traducidas al castellano.

Si se observa la obra de Vives (2) es de divulgación, porque divulgación es la traducción de las leyes y el resumen de la opinión de los autores, sin excluir la opinión propia, recta y juiciosa siempre; y este carácter de divulgación es lo que prueba un renacimiento o resurrección de algo olvidado. Participan de este propósito casi todos los autores de derecho catalán durante el siglo XIX.

Siguiendo el camino de Vives, ocultando su nombre, pero

---

(1) Véase la crítica explicada en la obra de D. Antonio Elías, *Diccionario biográfico y bibliográfico de escritores y artistas catalanes del siglo XIX*, Barcelona, 1889.

(2) La primera edición de esta obra es del año 1832, la segunda muchos años más tarde: *Traducción al castellano de los Usajes y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las cuales han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*. Barcelona, 1861 y 1862. El índice general explicativo se publicó en 1867.

de la ilustre familia de los Barba y Sanponts de Vilafranca, ensayó un distinguido abogado traducir y compendiar las obras de Fontanella *De pactis nuptialibus* y *Decisiones* (1).

Por encima de estas obras de divulgación se encontró don Ramón Martí y de Eixalá, catedrático de derecho español en los Estudios generales de Barcelona, y después en su Universidad literaria con su *Tratado elemental del derecho civil romano y español* (Barcelona, 1838, dos tomos). Martí es un filósofo y como filósofo se expresa: no hay más que leer el *Discurso preliminar* de su obra y la notabilísima síntesis que hace del derecho clásico en relación con el evolucionar del pueblo romano y carácter de su civilización: distingue allí entre elementos internos del derecho y su forma externa, como modernamente se hace (2) Martí, con Ignacio Sanponts, uno de los hombres de más mérito de su tiempo, y Ferrer y Subirana; intervino más tarde en la gran edición de las Partidas (3).

IV. Pero la ciencia jurídica se explayó por los años de 1839 y 1840, después de cerrado el paréntesis que se había abierto en la civil'zac'ón española con una guerra civil de siete años, y tomó luego ese carácter de divulgación, continuando el sano criterio de la escuela catalana (4). La obra legislativa del Código

---

(1) *Tratado primero de la donación universal que hacen los padres al hijo primogénito cuando contrae matrimonio, según Fontanella De pactis nuptialibus..., con alguna adición*, por E. B. y S. Barcelona, 1833. Tratado 2.° *De pactis nuptialibus*, tom. I. Tratado 3.° *De pactis nuptialibus*, y *Decis*. Tratado 4.° *De pactis nuptialibus*. y *Decis*. Se atribuye por Elías, *Diccionario biográfico y bibliográfico de escritores y artistas catalanes del siglo XIX* a D. Ignacio Sanponts, aunque no corresponden las iniciales.

(2) «Así que se trata de apreciar un cuerpo de leyes, dice Martí, se ofrecen en consideración, de una parte el valor *intrínseco* de las disposiciones, quiero decir *la relación que ellas guardan con la seguridad, riquezas, costumbres, libertad, igualdad, saber*, en una palabra, la felicidad de la asociación entera; y de otra el *valor extrínseco*, o, lo que es lo mismo, *la forma* de las disposiciones y el orden con que se hallan redactadas.

(3) *Las siete partidas del sabio rey don Alfonso el IX con las variantes de más interés y con la glosa de Gregorio López vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios, etc., etc.* Barcelona, 1843. Esta edición tuvo gran éxito en España y América.

(4) Es un síntoma también de la opinión catalana en el derecho el empeño en traducir ciertas obras extranjeras que llevaban criterios semejantes. En 1839 vió la luz en Barcelona la traducción de la obra de Matter *De la influencia de las costumbres sobre las leyes y de la que ejercen las leyes sobre las costumbres*, por J. M. C. En los motivos de la publicación dice el traductor: «Nosotros, guiados por la sencilla razón de que es peligrosísimo en legislación la adopción de princi-

de Napoleón era el mayor acontecimiento jurídico de la primera mitad del siglo XIX, y la divulgación exigía que se publicase, y se publicó, el génesis y formación de aquel código en el *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón* (Barcelona, 1839, en dos tomos). *La Biblioteca del abogado* con el *Tratado de las obligaciones por Pothier, traducido al español con notas de derecho patrio* (Barcelona, 1839). Y en este empeño de propagar y difundir por medio de traducciones anotadas, salían de las imprentas las obras del famoso Domat *Las leyes civiles en su orden natural* (Barcelona, 1844), arregladas para uso de los españoles, por don Felío Vilarrubias y don José Serdá, en dos ediciones. Los comentarios de Vinnio a la Instituta y sus Cuestiones selectas (Barcelona, 1847), *traducción al castellano, adicionada con las variantes del derecho español y las diferencias más notables del derecho municipal de Cataluña*, por don J. P. y B., y también con notas y concordancias de legislación española; don Esteban de Ferrater y don José Serdá publicaban (Barcelona, 1847) la obra de Ortolán sobre la Instituta, y don Luis Roquer un *Compendio de derecho romano o aforismos y decisiones sacadas del Digesto y del Código con su traducción* (Barcelona, 1846).

Pero no era esto comparable al grandísimo esfuerzo que representa y a la influencia que tuvo la obra, que por este concepto es la culminante de aquel período, titulada con sobrada modestia *Manual del derecho civil vigente en Cataluña, o sea resumen ordenado de las disposiciones del derecho real posteriores al decreto llamado de* Nueva Planta *y de las anteriores, así del derecho municipal como del canónico y romano aplicables a nuestras costumbres.* (Barcelona, 1842, dos tomos), debida a don José Antonio Elías y don Esteban de Ferrater (1).

---

pios basados sobre la analogía y meras inducciones, y convencidos de que existen por el contrario para cada pueblo medios de prosperidad y grandeza, que no son propios más que para él, *por ser conformes a la influencia de su clima y de su civilización y moralidad, a sus ocupaciones, costumbres y leyes...*»

(1) D. José Antonio Elías, hijo del distinguido abogado y político D. José Elías y Busquets, de mi familia del Ampurdán, publicó además en 1846 la obra *Colección general de Códigos antiguos y modernos tanto generales como provinciales;* además unas tablas, *Tablas sinópticas para facilitar la aplicación práctica del Código*

Fué obra de dos jóvenes, que me imagino no previeron cuánta sería la eficacia y alcance que lograría tener en la orientación del foro catalán. Por primera vez se hizo exposición en forma moderna, a manera de Código catalán, del conjunto abreviado de nuestro derecho civil; aunque temerosos sus autores le califican en el prólogo *de repertorio o índice* de los cuerpos de derecho. Tomaron el derecho romano, seguramente siguiendo las Pandectas de Pothier por base, excesivamente amplia, y aun pretendieron que fuese un manual de derecho romano, porque imbuídos en la escuela de Cervera, donde habían estudiado, creían el derecho romano toda la legislación del Principado (1) y así omiten o reducen al *mínimum* las citas de los autores y jurisprudencia catalana: acotan el articulado casi exclusivamente con citas del Digesto y del Código.

En mi juventud vi a sesudos abogados, impotentes para empresas semejantes, señalar algunos errores que se deslizaron en el Manual, pero esto no menguó el prestigio de sus varias ediciones, desde que lo editó don Alejandro Bacardí, completando alguna edición con las principales leyes catalanas y romanas traducidas al castellano formando tomo aparte (2); algo parecido a lo que hizo Mühlenbruch en Alemania.

V. Después del Manual en sus conocidas y varias ediciones, ha venido a suplirlo en parte, en estos últimos años, un libro de don Guillermo M.ª de Brocá y don Juan Amell, *Instituciones del derecho civil catalán vigente* (Barcelona, 1.ª edición 1880 y

---

civil (Barcelona, sin fecha) *el Compendio de la historia de las instituciones y derechos de la monarquía española y de cada uno de los reinos en que estuvo dividida* (Barcelona) 1847, *Aplicación práctica del Código penal de España* (Barcelona, 1848), *Extracto de la Novísima Recopilación* y, aprovechando materiales del Manual, publicó en 1875, en tres volúmenes, un *Derecho civil general y foral de España* (hay dos ediciones). *Una legislación hipotecaria*, también en dos volúmenes, y dos ediciones 1874 y 1885 y *Disposiciones de derecho civil vigente en Ultramar* (Barcelona, 1880).

(1) «Limitada sería esta obra, dicen en el prólogo, si únicamente hubiésemos incluído en ella las disposiciones del Código municipal, que más bien que Código es tan sólo la colección corta e imperfecta de algunas decisiones sobre puntos particulares.»

(2) Cuatro ediciones se publicaron del Manual: la primera 1842 y 1851, la segunda en 1864 adicionada por don Alejandro de Bacardí: con un tomo voluminoso que *comprende las Constituciones de Cataluña, Instituciones de derecho romano, leyes del Digesto, Código y cuerpo de derecho canónico citados en el tomo primero,* (Barcelona, 1861), la tercera incluída en la obra en tres tomos *Derecho civil general de España* (Barcelona, 1875) y la cuarta completada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Barcelona, 1885.

2.ª Barcelona, 1886). Consta de un trabajo de exposición, auxiliado grandemente por el estudio detenido, como nadie antes hizo en el siglo XIX, de los autores de derecho catalán antiguo; caudal de datos y conceptos, que se completa con citas y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Alto fué el propósito de los señores Brocá y Amell, pues pretendieron suplir «la necesidad, por todos reconocida, de una obra de derecho en que se expongan los principios fundamentales de la legislación civil de nuestro territorio y especialmente las de aquellas instituciones que presentan una fisonomía más característica», cuya empresa consideraban dificilísima, ellos a quienes pareció podía calificarse nuestra actual legislación «de verdadero caos» (prólogo de la 1.ª edición), con lo cual pagaron tributo a la preocupación reinante.

Téngase en cuenta los inestimables servicios de esta obra, mayores antes de la publicación del Código civil, en punto a la extensión y desarrollo dados en ella a la doctrina de los antiguos autores y a la jurisprudencia: verdaderos núcleos vitales del derecho civil mayormente en Cataluña. Poco después salió a luz en Madrid un resumen del derecho catalán, dentro del cuadro de otros derechos llamados forales y con miras a la codificación. Es un compendio en dos tomos de nuestro derecho (1).

Después no se ha editado otro libro que encierre en sus páginas la exposición de todo el derecho catalán, sino el Manual de don Arturo Corbella (2), obra clara, demasiado breve muchas veces y no explicación de cuanto su autor manifiesta saber, pero que se consultará con fruto, y aun en los preliminares y parte histórica hallaráse no pocas ideas atrevidas y originales.

Mas ya aquí he de notar la imposibilidad, dado el espacio de este capítulo, de extenderme en un análisis minucioso

---

(1) *Biblioteca judicial. Legislación foral de España. Derecho vigente en Cataluña, con un prólogo de don Miguel Castells, magistrado del Tribunal Supremo*, Madrid, 1887, dos tomos. Contiene un epílogo en que se apuntó la finalidad de la obra porque después de asegurar «que en la mayoría de las instituciones civiles, el derecho catalán no difiere en nada substancial del nuestro (el castellano) y, por consiguiente, que no ofrece obstáculo la unidad» propone varias reglas para armonizar ambos derechos.

(2) CORBELLA. *Manual de derecho catalán*, Reus, 1906. El plan de esta obra se desarrolla dando importancia a algunos temas como el de los Estatutos. Fuentes del derecho catalán. Familia, que son los más importantes de ella.

de las obras generales sobre derecho catalán, como tratar de otras dedicadas a la enseñanza universitaria en los cursos de derecho civil; por ejemplo las *Lecciones de derecho civil*, Barcelona, 1901, de don J. M. Planas y Casals; las cuales, dentro del conjunto de las instituciones civiles, dieron la debida importancia y crítica de las catalanas.

VI. Ciñéndose al estudio de una institución determinada o de una región, muchos escribieron de especialidades, que esto naturalmente a una ciencia en su mayor desarrollo le corresponde. No sé si tendré la fortuna de recordar todos los especialistas y folletistas de derecho catalán, pues no es corto el número ni el mérito de ellos.

Desde luego fué especialista Falguera con su tratado que obtuvo gran resonancia sobre la prescripción (1); don Victoriano Santamaría, quien modernizó la materia siempre nueva de los capítulos matrimoniales catalanes (2) ajustándola a la práctica diaria notarial y de los Registros de la Propiedad. Santamaría compartió este trabajo con otros muchos, en los cuales, siguiendo el movimiento iniciado por Costa, Azcárate, Pedregal y Altamira, a favor del derecho popular consuetudinario, levantó en Cataluña, acaso el primero, los prestigios un tanto decaídos de la costumbre-derecho (3). Acaba de hacer otro tanto don Ramón Catá de la Torre en un trabajo expositivo de costumbres jurídicas (4).

Santamaría, y también Benach (5), han tratado de la *Rabassa morta*, institución que se introdujo como novedad en el Código civil con el nombre de establecimiento a primeras cepas (art. 1656).

---

(1) Falguera. *Tratado de la prescripción catalana*, Barcelona, 1880 que dió lugar a una polémica con don José Antonio Elías.

(2) Santamaría. *Las capitulaciones matrimoniales y la hipoteca por razón de dote. Examen de dicho contrato en presencia de las modificaciones introducidas por la moderna legislación hipotecaria* (Barcelona, 1881).

(3) Santamaría. *Recopilación razonada de los usos rurales del partido judicial del Vendrell*. Vendrell, 1897, y la obra que le fué premiada *Derecho consuetudinario y economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona*, Madrid, 1901. *Jurisprudencia catalana. La rabassa morta y el desahucio aplicado a la misma*. Barcelona, 1878 y 1893. *El contrato de aparcería*, Barcelona, 1894.

(4) El título explica su alcance: incluye las más de las instituciones familiares. *Exposición razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas*. Se publica actualmente (1915) en la *Revista Jurídica*.

(5) Benach. *En defensa de la rabassa morta*, Barcelona, 1911.

Puig Samper trató de la institución *La Pubilla* (1) (cuando la mujer asume la representación y herencia de una casa): vió precedentes en los lejanos horizontes del antiguo derecho egipcio con el matriarcado Martí y Miralles (2) ha dilucidado con gran conocimiento muchos detalles singularísimos de derecho, pero con más trascendencia lo referente al contrato catalán de aparcería y la materia de los fideicomisos. Tell, notario, se ha ocupado también en el caso concreto de la doctrina de los estatutos según la antigua jurisprudencia catalana (3). Otro notario, Poal, trató de legítimas y fideicomisos (4).

Maspons y Anglasell, uno de los más entusiastas expositores de nuestro derecho, ha emprendido la labor, y es no menguada empresa, de compendiar y resumir la doctrina de los antiguos doctores catalanes en su parte más selecta. Ha dedicado una obra especial, fielmente hecha, a extractar las resoluciones de derecho civil de Peguera de las antiguas ediciones españolas y extranjeras. Antes, como en otro tiempo Santpons y Barba, don Raimundo de Abadal empezó la traducción de la gran obra fundamental de derecho civil catalán, las *Resolutiones* de Cancer, lo que prueba la necesidad científica de vulgarizar las doctrinas de los viejos comentaristas (5). Y a medida que la vida jurídica se intensifica con la moderna riqueza de Cataluña y quiere empalmarse lo viejo y lo nuevo en el derecho, se abren discusiones importantes como la de la aparcería, como antes la del contrato de *rabassa*, siendo de notar las de Martí

---

(1) Puig Samper. *Costumbres jurídico-catalanas. La Pubilla*, Barcelona, 1894.

(2) Martí y Miralles. *La questió de la parceria. Disertació académica*, Barcelona, 1904. *La questió de la parceria y la moral del advocat.* Ba celona, 1905. *Cuestiones fideicomisarias, hijos puestos en condición*, Barcelona, 1906. *Convalidación y disolución del matrimonio por dispensa pontificia.* Cuatro conferencias durante el curso de 1901 a 1902 *de la Academia de jurisprudencia y legislación de Barcelona* (sin fecha de impresión). *Estudio sobre el artículo 12 del Código civil*, Barcelona, 1901. *Les cláusules ad cautelam y la doctrina dels autors a Catalunya*, Barcelona, 1913.

(3) Tell. *Notas sobre la teoría de los estatutos en la antigua jurisprudencia catalana*, Barcelona, 1887.

(4) Poal. *Estudios jurídicos y notariales*, Barcelona, 1899.

(5) Maspons. *Nostre dret familiar segons los autors classichs y les sentencies del antich Suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, 1907. Expone todas las instituciones civiles con notas de Comas, Cancer, Fontanella, Peguera, Mieres, etc. *Questions civils estudiades segons nostre dret per Lluis de Peguera y extractades per Francisco Maspons y Anglasell*, Barcelona 1913.

Miralles con don Emilio Saguer, distinguido notario, cuyas aficiones polemísticas le llevaron también a plantear cuál era *la situación del derecho catalán ante el Código civil*, trabajo que he de citar más adelante, completando sus numerosos estudios al dicho del contrato de aparcería, uno sobre los censos y censales del Estado, y singularmente la obra que ha premiado la Academia sobre materia tan difícil como la de los fideicomisos (1).

Por último, en orden a especialidades se ha escrito ampliamente sobre servidumbres en la particularidad característica de las Ordinaciones de Sancta Cilia, hoy derecho del Principado y de Mallorca (2).

La serie de especialistas por regiones es importante; sólo debo ocuparme de los que escribieron sobre derecho civil vigente: dejo los trabajos histórico-jurídicos. Los ha habido, como Maluquer, que expusieron el derecho de Barcelona, labor de selección atinada que hizo de nuestro cuerpo general de derecho, apartando de él el *Recognoverut proceres* y los privilegios, hasta las presentes ordenanzas municipales (3). Y en orden a comarcas hay quien investigó la legislación del valle de Arán (4), quien analizó en los textos, y en los protocolos notariales el rastro que todavía subsiste de las *Consuetudines Gerundenses* (5), pero sobre todos los especialistas de autonomías legislativas descuella don Bienvenido Oliver con su estudio amplio y con criterio, forma y conceptos modernos, y sobre todo análisis de la historia interna, del derecho de Tortosa y su Código (6). Ciertamente trató amplio y bien del Código de

---

(1) Saguer. *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Gerona, 1913. Además de los trabajos indicados conozco de Saguer *De la reserva para testar*, otro sobre la *Naturaleza jurídica de la llegítima segons el dret de Catalunya*.

(2) Pella. *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las ordinaciones llamadas de Sancta Cilia*, Barcelona, 1901.

(3) Maluquer y Viladot. *Derecho civil especial de Barcelona y su término*, Barcelona, 1889.

(4) Bertrán y Musitu. *El Derecho especial del Valle de Arán*, Barcelona, 1901.

(5) Torroella. *El dret civil geroni*, Mataró, 1899.

(6) Oliver. *Historia del derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las costumbres de Tortosa*, Madrid, 1878.

Don Bienvenido Oliver publicó unos *Estudios históricos sobre el derecho civil de Cataluña*, Madrid, Barcelona, 1867; obra de su juventud y con criterio contrario a la importancia del derecho catalán. Con el estudio del Código de Tortosa aquel desapego se convirtió en entusiasmo.

Tortosa, aunque su propósito era de mayor empeño, porque titula la obra «Historia del derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia», pero lo dejó incumplido. Foguet ha publicado el texto del Código de Tortosa y un concienzudo estudio de su derecho civil (1).

VII. La serie de monografías y discursos es larga poco antes de la aparición del Código civil y con motivo de publicarse éste (2), porque suceso tanto tiempo anunciado, preparado el terreno según en otra parte he dicho, por medio de un Congreso de jurisconsultos catalanes y con una memoria de don Manuel Durán y Bas (3), a más de conmover hondamente la opinión, fué causa de que no se limitase la literatura jurídica a la simple exposición del derecho, sino que cuidase de explicar sus condiciones, ventajas e inconvenientes, poniéndolo, cual debe ser, fuera de la abstracción del comentario y del texto y haciéndolo descender a la vida real y económica del país, en lo que se hallaron buenos argumentos para su defensa. Así ensayó hacerlo en su tiempo Dou, así lo practicó don Manuel Durán, y su defensa discreta, debida a la situación que su autor ocupaba, se basó en las relaciones del derecho civil con la economía, orden y bienestar social, sin descuidar los argumentos nacidos de la historia y los principios generales de justicia.

Esto ya no era simple exposición, sino a la vez filosofía de nuestro derecho, y en este particular de la razón de ser que las instituciones civiles tienen, luchaba un esforzado campeón de ellos, el renombrado decano de nuestros notarios; don

---

(1) Foguet. *Llibre de les costums escrites de la ciutat de Tortosa*, Barcelona, 1878. *Derecho catalán. Instituciones civiles de Tortosa*, Barcelona, 1892.

(2) Abadal. *Característica de la propietat catalana*, Vich, 1900. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona. *Exposición dirigida al Senado*, Barcelona, 1882. *Exposición dirigida al Gobierno*, Barcelona, 1891. *Dictamen emitido por la comisión nombrada en sesión de 31 de enero de 1894*, Barcelona, 1895. Almeda, *Prontuario de legislación civil catalana*, Barcelona, 1899. Par. *Laudemios*, Barcelona, 1889. Saguer. *Situación del derecho catalán ante el Código civil*, Gerona, 1895. Serratacó. *Ensayo jurídico sobre la redención de la enfiteusis catalana*, Granollers, 1892. Torrent, *Formulario de capitulaciones matrimoniales y testamentos arreglado a la legislación y costumbres de Cataluña, con advertencias, notas y aclaraciones*, Barcelona, 1885. Castellar. *La codificación civil, con un resumen de las legislaciones forales*, Madrid, 1879.

(3) *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883.

Félix María Falguera, en unas célebres conferencias (1) y el docto catedrático, de quien con su muerte reciente se ha renovado el recuerdo de su gran valer, don Juan de Dios Trías, le siguió con otras que hubieron gran resonancia (2).

Antes que ellos, precursor de estos apologistas, porque apologistas deben llamarse de nuestro derecho, viene a la memoria don Joaquín Cadafalch. Su estudio comparativo de las leyes sucesorias de las varias regiones de España, crítica acerba y justa de la sucesión goda que era la de la Novísima Recopilación de Castilla, y a la vez su amplísima defensa de la libertad de testar y del sistema catalán, impresionaron grandemente a los jurisconsultos de Madrid cuando le premió la Academia de Ciencias Morales y Políticas (3). Antes Cadafalch fué conocido por un libro práctico que ha sido muy utilizado en el foro (4).

Por fin no he de acabar con los apologistas sin citar un trabajo del notario Maspons sobre la Pagesía catalana.

VIII. Ya dije, con ocasión de prepararse el Código civil, la defensa, limitada por las condiciones especiales del cargo que su autor tenía, que hizo don Manuel Durán en su memoria antes explicada; mas los autores que sin ataduras escribían a favor de nuestro derecho, lo hacían como Bertrán y Amat en largos artículos; como Romaní, uno de sus más decididos polemistas, desde las páginas de la Revista *La España Regional* que con él dirigí; como Buxeres en las exposiciones a favor de nuestra legislación, Camín, Sicars y otros y otros, cuyos nombres no acuden a mi memoria. Consecuencia de esta campaña del Código, Romaní y Trías quedaron solos en una comisión reunida para redactar un anteproyecto de Apéndice del Código civil español, y es esta una labor difícil que admiro por

---

(1) *Conferencias de derecho catalán*, Barcelona, 1890.
(2) *Conferencias de derecho civil catalán*, Barcelona, 1899.
(3) Dadafalch. *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?* Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1862.
(4) Cadafalch. *Prontuario de las acciones*, Barcelona, 1856.

la misma dificultad de redactar articulados y con la secreta convicción de que se trabaja sin esperanza (1).

Más práctico que esto, aunque lleva apariencia de serlo mucho, considero debe elogiarse a los que poniéndose en primera fila señalan, para contenerlas, reclamarlas y si es posible enmendarlas, las invasiones del Código en nuestro derecho, porque se logran dos resultados: el de ilustrar la práctica en el foro, y otro de orden público y de opinión a favor de nuestro derecho, y señalar diariamente las diferencias que le separan del Código civil. Todo este interés reviste la obra del señor Borrell y Soler (2). Entre los varios editores del Código civil debo citar a D. Manuel Bofarull, que anotó equivalencias en derecho romano y catalán. (3).

Dije que se manifestaba una tendencia a la publicación depurada de textos legales. Muy escogida es la hecha de los Usajes teniendo en cuenta los modernos estudios críticos de Ficker y otros (4), el de las costumbres de Mirabet (5), el empezado sobre las de Lérida, aunque algunos tengan carácter de derecho fenecido o histórico. Aquí, por fin, debo ensalzar la monumental edición de las Constituciones de Cataluña (reproducción en fototipia, en folio más reducido, de la de 1704), pagada por el Colegio de Abogados de Barcelona; la creación por éste de una Biblioteca de derecho catalán y la *Revista Jurídica de Cataluña*, que en los 21 años que lleva de existencia es ya arsenal de datos y doctrina para el que quiera estudiar nuestras instituciones.

---

(1) Romaní y Trías. *Anteproyecto de apéndice al Código civil para el principado de Cataluña*. Barcelona, 1903. Una academia particular, *La Academia de derecho*, había publicado antes un proyecto de Apéndice.

(2) Borrell. *El Códic civil a Catalunya*, Barcelona, 1904.

(3) Bofarull. *Código civil español anotado y concordado*, Madrid, 1889. es de gran utilidad para el cotejo con el derecho romano en los países forales. Véase además Prats. *Derecho civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1902, es el Código hasta el artículo 550 con algunas notas.

(4) Abadal-Valls, *Textes de dret català, Usatges de Barcelona*, Barcelona, 1913.

(5) Galo Sánchez, *Constituciones Bajulie Mirabeti*, Madrid, 1915.

V

La jurisprudencia

El nuevo derecho civil de Cataluña — Estado actual.

I *Opiniones modernas acerca de la función de los tribunales de interpretar las leyes y como medio de vida y evolución del derecho.— El tribunal del Pretor.*

II *Importancia y extensión de la jurisprudencia de los tribunales para dar vida a los articulados breves de los Códigos modernos. Palabras notables dichas en el centenario del Código Napoleón.— El nuevo Código de Suiza.*

III *Claudicación del sistema de la interpretación literal. Era el antiguo sistema catalán. Causas de la existencia de este sistema en el antiguo Principado. La* ley paccionada.

IV *Interpretación de las leyes en la antigua Cataluña; su organización.*

V *Se sanciona por las Cortes de 1542 la jurisprudencia de los tribunales ordenando se publicase. Gran resultado que dió este acuerdo. Obras que se publicaron.*

VI *La jurisprudencia del Tribunal Supremo español continúa la evolución del derecho catalán.*

VII *El nuevo derecho civil.—Inconvenientes de la actual casación.— Principales reformas hechas por la jurisprudencia en nuestro derecho civil.—Estado actual del derecho civil de Cataluña.*

I. Yo empezaré por citar, a propósito de la jurisprudencia de los tribunales, a cierto autor modernísimo que ha escrito atrevidamente lo que sigue:

«El juez ha sido el alma del progreso jurídico, *el laborioso obrero del derecho nuevo*, contra las fórmulas envejecidas del del derecho tradicional. Esto casi podría decirse que es *una ley natural de la evolución jurídica*: el derecho nacido de la jurisprudencia, por ella vive y por ella con frecuencia *se ofrece el caso de que el derecho evoluciona bajo una legislación inmoble.*» (1).

Esta ha sido la vida que han llevado todas las legislaciones civiles. Ejemplo, lo que sucedió al derecho romano.

Progresó por los edictos y sentencias del Pretor, mientras los textos legales petrificados quedaban fuera de la evolución de las costumbres, o sea de la vida jurídica. La obra del tribunal del Pretor fué indirecta, lenta, paciente; con nombre y forma de interpretación llegó a crear un derecho nuevo. El más ligero estudio de las fuentes del derecho romano acreditaría este aserto, que por otra parte es ya admitido y corriente (2).

II. Esta función de vida del derecho por medio de la jurisprudencia de los tribunales, acaso más que en los tiempos romanos se observa en los presentes. La letra, el articulado de los Códigos modernos, se ha visto revestida, porque de otra suerte el derecho hubiera muerto, de una vegetación espontánea, si así puedo expresarme, de principios y doctrinas obra de la jurisprudencia de los tribunales. Y tanta libertad ha adquido la interpretación, que en el centenario del Código de Napoleón, dijo el primer magistrado de los tribunales franceses: que el Código debía aplicarse cual lo harían sus autores, transformados por las costumbres, ideas y preocupaciones de los días presentes (3).

¿No se ha visto por ventura un Código como el español que entre las fuentes del derecho excluye la jurisprudencia ahogado por esta misma jurisprudencia? Corren las ediciones anotadas de innumerables sentencias del Tribunal Supremo, y se consi-

---

(1) CRUET. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. París, 1908, págs. 22 y 23.

(2) CRUET. Ob. cit., pág. 28 y siguientes. HINOJOSA. *Historia del derecho romano*, Madrid, 1880, tomo I, pág. 195. DEMANGEAT. *Cours élémentaire de droit romain*, París, 1864, tomo I, pág. 70. Digesto, ley 7, lib. I, tít. I, «Jus prætorium est, quod prætores introduxerunt adjuvandi vel suplendi vel corrigendi juris civilis gratia».

(3) Las palabras, según Cruet ob. cit., pág. 57: «El Juez no debe buscar con empeño cuál fué cien años atrás el pensamiento de los autores del Código... antes bien debe preguntarse *cuál sería el mismo artículo si ellos hoy día lo dictasen*.»

dera feliz el abogado que puede ampararse en una de éstas para salvar su pleito.

Así opinan de las cosas jurídicas las escuelas más avanzadas de nuestros tiempos (1) y en tal grado que en el último Código civil que ha visto la luz en Europa, o sea el Código Suizo, se ha proclamado sin ambages que el Juez suplirá la ley con la costumbre, y cuando ésta no solvente la duda de la interpretación o no pueda solucionar el caso nuevo, resolverá buenamente el propio juez, cual lo haría si como legislador debiera legislar en la materia de que se trata, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia (2).

III. Aquella idea de la *interpretación literal* de la ley, tenida como obra poco menos que divina, revelación completa y perfecta del derecho, entró en transacción con el buen sentido de la realidad, y hoy los más intransigentes de las escuelas francesas y belgas ya convienen en que la ley, «luego que penetra en la corriente de la vida social, sufre *este acto de voluntad* (del legislador) como toda entidad orgánica y viva, el influjo del medio ambiente; se modifica con éste, y a medida que se aleja de su origen pierde el texto legal su virtualidad primera, decae poco a poco con el uso, y puede suceder a veces que cambie substancialmente. Esto es el resultado de una ley sociológica inevitable» (3).

La interpretación literal se usaba, mejor dicho, se ordenaba, en Cataluña. Decíase que por ser la ley del Principado *paccionada*, era el sistema único posible, y se añadía, en contra de lo que constituye hoy la jurisprudencia, *non permitilur in Cathaloniæ, in sententiis aliquid generaliter deffinire* (4), cerrando aún

---

(1) «La jurisprudencia forma la ley. Jamás el derecho escrito sigue la evolución de los espíritus.» R. Duquesnel. *La vie et le droit, Revue Socialiste*, París, 1912, primer semestre, pág. 227.

(2) Código civil suizo de 10 diciembre, 1907, art. 1.º

(3) Geny. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Trad. castellana. Madrid, 1903, págs. 231 y 239.

(4) Cancer. *Var. Resol.*, parte 2.ª, cap. 3, n.º 74; sin embargo Cancer distingue entre la interpretación modificativa y general, que sólo el Rey con las Cortes podrán hacer, y la declarativa que respecto a cada juicio hacen los tribunales. Callís. *Margarita Fisci*, Barcelona, 1556. *Octavum dubium*, párrafo 147, «el príncipe, dice, puede interpretar los beneficios o privilegios que concede, pero no sus contratos (citando a Juan de Imola y Bartolo) ni los Usajes y Constituciones, sino en la forma señalada en las Constituciones».

el camino a la interpretación general o extensiva por medio de los fallos de los tribunales.

En otro libro a este propósito escribí refiriéndome al derecho político del Principado catalán (1):

«Con insistencia decían todos nuestros tratadistas catalanes que las Constituciones hechas en Cortes eran leyes *paccionadas* que el trono y la nación establecieron de común acuerdo, y que así ligan al monarca como a los súbditos en la misma forma de un contrato roborado con escritura pública, firma y juramento; porque no por mera voluntad y liberalidad, a modo de una carta otorgada, dieron los príncipes las libertades y leyes que limitaban su poder absoluto, sino mediante contrato en el cual el Principado les dió, por ellas, cuantiosas sumas y sirviólos en expediciones y empresas de todo género. Y como los contratos debían cumplirse *al pie de la letra*, de aquí que por ninguna causa ni pretexto pudiese el monarca en las pragmáticas y edictos, que estaba facultado para dar, contravenir a lo *pactado* en Cortes sin exponerse a las justas reconvenciones de la nación, y en el último trance perder su dominio declarándose rescindido el contrato.»

A Felipe IV recordaron los concelleres de Barcelona que el príncipe, «*aunque es señor de leyes no lo es de contratos que hace con los vasallos; pues en este caso es particular persona, y el vasallo adquiere igual derecho; porque el pacto ha de ser entre iguales*» (2).

IV. Todas las Constituciones de Cataluña debían, pues, observarse *al pie de la letra*, no admitiéndose más interpretación que la que se desprendía de su propio tenor, porque, además, eran leyes juradas y el juramento debe observarse específicamente (3). Además, la ley prohibía las interpretaciones de un modo expreso y terminante. D. Alfonso II en las segundas Cortes de Monzón celebradas en 1289, ordenó que las Constituciones y

---

(1) Coroleu y Pella. *Los fueros de Cataluña*, Barcelona, 1878, pág. 547.

(2) Palabras del famoso folleto *Proclamación católica a la majestad piadosa de Felipe el Grande*, Barcelona, 1641, § 26.

(3) Ripoll. *Variæ Resolutiones*, Lión, 1630, cap. 10, n.º 301 y 302 citando a su vez a Mieres, etc. J. Coroleu y J. Pella. *Las Cortes Catalanas*. Barcelona, 1876, págs. 49 y 50. Const. de Cat., tit. 16, lib. I, vol. I.

Privilegios otorgados y confirmados generalmente a toda la tierra catalana o en especial a algunos lugares o personas de ella, permaneciesen en su fuerza y valor genuinos, sin que nadie osase interpretarlos ni pedir sentencia acerca de ellos. D. Jaime II, en las segundas Cortes de Barcelona en 1299, dictó una disposición aun más notable y trascendental, estatuyendo que si algún capítulo, ordenación o constitución de Usajes de Barcelona, de Paz y Tregua o de Cortes generales necesitase interpretación, el Rey, llamadas y oídas las partes, la hiciese, asistido de cuatro ricos hombres de Cataluña, cuatro caballeros, cuatro ciudadanos y *cuatro sabios en derecho*, y *si aquella interpretación necesitase mejora, se hiciese mediante el Consejo de las primeras Cortes Generales* (1).

Tal fué el sistema, basado en la desconfianza, para la función de interpretar las leyes. Ignoro el resultado de este curioso organismo interpretativo.

V. Puesto que la vida del derecho no cabía en tal molde como este, y el derecho se encarnaba, como no podía menos, en las discusiones de los Tribunales, y ya empezaban a formarse colecciones y notas de casos resueltos, proveyeron las Cortes de 1542, y fué altísimo pensamiento, que las conclusiones o sentencias de la Audiencia y del Real Consejo se publicasen de tres en tres años, sufragando la Diputación General el gasto de las ediciones (2). La Diputación General no se limitó a una publicación escueta de las sentencias, mas encargó a algún jurisconsulto que a las decisiones del Sacro Senado o Real Audiencia añadiese comentarios. Yo creo que la primera comisión dióse a don Luis de Peguera, sin duda el primer jurisconsulto que tuvimos en aquellos últimos tiempos del siglo XVI. Las Decisiones de Peguera lo revelan en la dedicatoria a los diputados (3). Incluyó y comentó jurisprudencia civil y cri-

---

(1) J. Coloreu y J. Pella, *Las Cortes Catalanas*, Barcelona, 1876, págs. 49 y 50. Const de Cat., tit. 16, lib. 1, vol. 1.

(2) *Const. de Cat.*, lib. I, tít. 37, vol. I, const. I, *De decissions de la Reyal Audiencia*.

(3) «Nam cum in quodam curiarum conventu huius Principatus lata lex esset, ut istius Senatus Regii decreta sumptu publico ederentur, vos muneris vestri memores eam adhibuistis curam... Ego vero ingens munus accepisse me a vobis fateor...» Tienen también este origen las obras de Miguel Ferrer.

minal. Después en las Decisiones que sucesivamente se encargaron a Amigant, Calderó, Cortiada y Tristany se expusieron separadas las civiles de las penales, hasta que por economías, acaso para dar lugar a la gran edición de las Constituciones, suprimieron esta publicación las Cortes de 1702 (1).

VI. Resulta ahora otro tanto con la publicación de los fallos de los tribunales, que pese a los adoradores del texto legal intangible con la jurisprudencia se altera el derecho, pues a la Audiencia de Cataluña, en su jurisprudencia haciendo evolucionar el derecho civil, ha sucedido el Tribunal Supremo español, acabada por fortuna aquella larguísima época durante la cual por prohibición de fundar las sentencias no había medio de sentar doctrina jurídica (2). Suena de nuevo la voz del Pretor moderno y evoluciona el derecho civil catalán, y tenemos *derecho catalán nuevo*, a pesar de los estorbos y tortuosidades del procedimiento; y a pesar de que en realidad los problemas de derecho no hallan en el Tribunal Supremo español su síntesis exacta. Por el sistema de la actual casación queda estrujado y sin aroma y sin su más íntima substancia el litigio viviente, que por ello se convierte en un mecanismo frío y sistematizado; y en este concepto es evidente la superioridad de las sentencias dictadas en segunda instancia en las Audiencias, donde, sin trabas ni encuadramientos, la cuestión se explana prescindiendo de citas concretas de infracciones, imposibles de reducir a precisión matemática (3).

Y, sin embargo de estos inconvenientes y otros que nacen de la constitución del Tribunal (4), la nueva jurisprudencia ha

---

(1) Const. de Cat., lib. I, tit. 37, vol. I.
Los tres tomos de *Decisiones* de Tristany empezó a editarlos el impresor de la Diputación, Rafael Figaró, en 1686; al frente del primer tomo va inserta una curiosa Real Cédula de Carlos II concediendo a los diputados de la Generalidad la propiedad literaria de las Decisiones.

(2) Las sentencias se redactaban, con expresión de sus motivos, en la Audiencia de Barcelona y en la de Mallorca; pero Carlos III por R. Cédula de 23 de junio de 1778, «para evitar los perjuicios que resultan con la práctica de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias...» mandó cesase dicha práctica ateniéndose a las palabras decisorias. *Novísima Recopilación*, lib. XI, tit. XVI, ley 8.

(3) Al presidir la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Barcelona, año 1906, se acordó la publicación, que hoy continúa, de las sentencias principales de la Audiencia, y estas ideas vertí en el prólogo del primer tomo de aquélla.

(4) Para no alargar el discurso en este punto delicado recordaré las palabras de un magistrado, hoy presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, don

creado el derecho civil nuevo de Cataluña, más ajustado si se quiere a una opinión general española que a la genuinamente catalana, y esto último por culpa no siempre del Tribunal de casación, sino de los mismos jurisperitos catalanes.

Tanto es verdad esto del derecho nuevo, que los ejemplos abundan. Así el de la legítima catalana convertida en una *quota pars bonorum*, con derecho al juicio de testamentaría; así también en punto a las mismas legítimas la compensación de sus intereses por los alimentos que recibió el legitimario en la casa paterna; el que los hijos no pueden pedir el esponsalicio hasta la muerte del padre; los antiguos fideicomisos reducidos las más veces a substituciones vulgares; la cuestión tan debatida antiguamente y hoy resuelta de los hijos puestos en condición, la mayor claridad y determinación de la herencia de confianza, la alteración en parte de la libertad tradicional y antiquísima de que gozaba la mujer en Cataluña respecto a sus bienes parafernales; a lo que se añade en estos días la derogación del sistema de tutelas y el de la sucesión intestada. En fin, en el orden de la propiedad tantas y tan graves determinaciones como la prescripción de treinta años en los censos no pagadas las pensiones, el importe del laudemio al 2 por ciento en los censos; y se elabora aun hoy por el Tribunal Supremo la institución de la *rabassa morta* a penas discutida en el viejo foro catalán. Todo esto no son sólo quebrantos ni brechas sufridas por el derecho civil del Principado, sino que éste en gran parte es acomodado, aunque con espírtiu d otra civilización, a las tendencias presentes.

VII. Se dice que esta invasión nos ha conducido al caos. Poco más o menos es lo que alegan los partidarios de la inflexibilidad del texto escrito en Francia y Bélgica (1), cuando a pesar del Código civil, por vía de interpretación, el derecho

---

José Catalá. *Opúsculos críticos. La justicia histórica y el sentido jurídico.* Madrid, 1892, pág. 93: «Como cambia el personal del Tribunal Supremo, compuesto ordinariamente (y así debe ser) de antiguos magistrados que dejan frecuentes vacantes, anticipadas a las veces, *así cambia en muchos puntos la jurisprudencia*; y paréceme que valdría la pena fijarla a perpetuidad o por largo tiempo cuando menos, para que cada cual supiera a qué atenerse, y nadie se viese obligado a litigar teniendo en perspectiva la duda de si tal declaración de derecho, contraria o favorable a sus pretensiones, ha llegado o no al rango de doctrina legal incontrovertible.»

(1) Laurent. *Cours élémentaire de droit civil*, París, 1878, tomo I, prefacio.

que es vida, no está pasado; y naturalmente hay que admitir que el derecho viviente es siempre desigual y tumultuoso; sólo lo muerto es fijo, sólo las rocas sin vida son inconmovibles. ¿Cuántas legislaciones hay codificadas a las cuales el caos de la vida es parecido a la nuestra? Muchos se afanan en repetir, otros siguen la opinión que así se publica respecto del derecho civil, sin fijarse a considerar lo que sucede, por ejemplo, con el derecho administrativo en España, lo cual ni quiero recordarlo por estar a la vista de todos.

No es esto proclamar una fe ciega en la jurisprudencia; *ésta, después de la debida crítica* puede formar la doctrina legal; que tal fué la antigua teoría catalana; doctrina legal hija de la *costumbre* de los tribunales. Precisamente la jurisprudencia ha evitado que el derecho catalán fuese un caos: lo que hay es que el derecho catalán por este camino puede transformarse demasiado, y además por otras causas está hoy en peligro (1).

Mas no sería remedio único al mal la facultad legislativa, arrancada de las Cortes de España y dada a una asamblea catalana, como se ha supuesto. Muy poco legislaron sobre derecho civil las antiguas y famosas Cortes del Principado; el derecho civil no se formaba en las Cortes sino en la tradición, en las obras de los maestros de la ciencia jurídica y sobre todo en las decisiones del Sacro regio Senado de Cataluña, como todavía sucede hoy en Inglaterra. Una organización de los tribunales apropiada es lo más urgente (2), y luego procurar, quien puede disponerlo, que la jurisprudencia sea «una función reglada, y no arbitraria y discrecional según ha sucedido hasta ahora (3)».

---

(1) Puede consultarse ALMEDA. *Estado del derecho catalán*. Discurso en la Academia de leg. y juris. de Barcelona, 19 febrero 1909. SUÑOL. *Porvenir del derecho catalán*. Revista jurídica de Cataluña, 1896.

(2) Presidiendo la Sociedad Económica Barcelonesa de Amigos de País, promoví una información y luego una exposición al ministro de G. y J. en Diciembre de 1905 pidiendo se estableciese un Tribunal de casación en Zaragoza para todas las legislaciones forales de España.

(3) COMAS. *La revisión del Código civil español*. Madrid, 1895. Parte general, pág. 225. Sobre la necesidad de reglar la jurisprudencia española véase la discusión al tema 1.º del *Congreso jurídico de Barcelona*, 1888.

Concepto general del Código civil

I

Situación del derecho catalán respecto al Código
Elementos desarmónicos de que se compone el Código
Armonía del derecho catalán
y de las legislaciones históricas en general.

Ya que hasta aquí estudié los elementos constitutivos internos y externos del derecho catalán, resta ver ahora el carácter y elementos que a su vez contribuyeron a la formación del Código civil español, dado que sea el objeto de esta obra comparar ambos derechos, el civil de Cataluña y el del Código. Mas antes conviene precisar la situación respectiva de ambos, frente uno de otro.

Hoy por hoy el Código posterga al derecho catalán (artículo 12) respecto a los efectos de las leyes en general y su aplicación, y en las disposiciones acerca la celebración del matrimonio, las cuales son objeto del título IV, lib. I; y a su vez el Código es postergado, y es sólo supletorio, en todas las materias no reguladas por el derecho catalán escrito o consuetudinario.

Parécese la situación actual interina a la que con carácter permanente se halla establecida en Alemania y Suiza después de la publicación de sus novísimos Códigos, los cuales planearon y luego condensaron en el articulado admirablemente las instituciones y materias jurídicas que sin agravio podían considerarse de carácter general y unitario (formas de matrimonio, obligaciones contractuales, efectos de las leyes, etc., etc.),

conservando en los Estados legislación propia para las instituciones especiales y características.

Pero aquí, como indiqué, es interina y a precario esta situación, pues acabará con la publicación, cuando llegue, de los Apéndices. Mas tanto en el estado presente, y en el porvenir todavía mucho más con los Apéndices, ambos derechos, por lo que se acaba de explicar, han de llevar vidas paralelas y compenetrarse. ¿Quién regulará esa vida de relación sino la jurisprudencia de los tribunales? He aquí la gravedad de los momentos presentes para la legislación civil de Cataluña y la necesidad de ir al fondo de las cosas estudiando caracteres y orígenes, elementos y formación, la vida e historia interna del derecho catalán; y a su vez condiciones y procedencia, ideas y espíritu del Código, para establecer el obligado deslinde entre ambos patrimonios legales.

Comenzando, pues, ahora, por el estudio del Código civil español, no se le podrá negar que es hijo del Código francés. Esta condición de origen obliga a decir algo de este Código.

El Código francés, a quien siguió el de Italia e imitaron, en su metodización del derecho civil, los demás Códigos, menos el de Alemania y el de Suiza, nació de dos tradiciones jurídicas, dado que eran dos las que compartían el dominio de Francia: la tradición de las costumbres para los países de derecho no escrito, el derecho romano para el resto, y aun éste modificado con nombre *de derecho común*, cual ha sido hasta ahora en Alemania y tal como subsiste en Inglaterra y Cataluña. De aquí que como elemento importante en la formación del Código francés resulta el derecho de las *coutumes* (1); por ejemplo se observa en el reducir la potestad patria; en la consideración dada a la familia natural; en prohibir la investigación de la paternidad; en la emancipación; en la troncalidad *paterna paternis, materna maternis* para la sucesión intestada; en los legados universales; en los gananciales, etc., etc., todo de origen germánico antiguo o celto-galo y que se había conservado en las *coutumes*.

(1) LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil*, París, 1878, tomo I, *La tradition*, pág. 43.

El derecho romano sin embargo preponderó en lo que las costumbres eran poco menos que inútiles, o sea en la teoría de las obligaciones y en los contratos. Finalmente, al lado de todo esto aparecen en el Código de Francia las innovaciones traídas por la Revolución, como el Registro civil, la forma del matrimonio, etc., etc.

Representa además el Código francés una transacción entre los dos derechos que dividían el suelo de Francia, hecha en la forma más primitiva que puede darse, y se atribuye esto a iniciativas de Napoleón; porque declara subsistentes instituciones en el fondo contradictorias, por ejemplo, el legatario universal, ya que las costumbres apenas conocían la sucesión testamentaria y la herencia se iba en mandas y legados de cosa mueble, y a la vez el heredero romano, por otra parte los gananciales celto-galos y el sistema dotal romano, etc., etc.

Parte de esta amalgama ha heredado el Código español, por manera que algunos artículos que tuvieron razón de ser en Francia en méritos de la transacción indicada, como se verá en el curso de este libro, fueron traídos aquí con el deseo de trasplantar instituciones nuevas. Por fortuna algunas tenían aquí abolengo, y así es curioso, por ejemplo, que la institución del consejo de familia, perdido el recuerdo celtíbero y borrada la tradición que apunta en algunos fueros, vuelva con el Código a renacer importada de Francia, lo cual en la historia del derecho es fenómeno que acaece algunas veces, siendo de los más importantes casos de esto el de la renovación de las instituciones primitivas según ya dije en otra parte con la conquista de los pueblos del Norte al caer el imperio. Ha entrado también del Código francés la patria potestad a la madre, la prohibición de investigar la paternidad, el testamento ológrafo, el Registro civil y nos han invadido detalles innumerables en otros órdenes de derecho, y desde luego toda la teoría de las obligaciones y con ella la lógica de la contratación romana, pero tal como la entendieron autores franceses o sea Pothier y Domat, cuyo derecho romano en no pocos casos se aparta de los textos de Justiniano. Omito pormenores de otras copias sacadas

del Código francés, porque se verán en el curso de esta obra (1).

¿Y del derecho indígena español que contiene el Código? Las legítimas con el sistema de mejoras, los gananciales y dotes y otros puntos de la organización de la familia castellana, menos en cantidad de todos modos de lo que debiera ser. Contiene además una aspiración a la libertad de testar; pondera las capitulaciones matrimoniales y la sucesión de la viuda, todo lo cual recuerda el derecho foral de Navarra, Aragón y Cataluña, así como se debe a nuestro derecho la extensión que da al enfiteusis (contrato excluído del Código Napoleón) y al contrato a primeras cepas que es la *Rabassa morta* (2).

El espíritu y la tradición a que obedece el Código, no hay modo de definirlos, porque es una obra fragmentaria, hija de diversas procedencias de cuerpos legales distintos y aun de civilizaciones opuestas. No le sucede lo que a las legislaciones históricas moldeadas y armonizadas por la obra de los tiempos y la labor incesante de la jurisprudencia, lo que en una palabra informaba la legislación antigua castellana y hoy informa la catalana, ambas tan múltiples, heterogéneas y descompuestas en apariencia. Esta clase de armonía no está en el Código.

Mil ponderaciones y equilibrios para alcanzar tal armonía que es la vida del derecho, surgen a cada paso en el civil de Cataluña. Vayan por vía de demostración los siguientes ejemplos: dos principios fundamentales le informan: *la libertad de testar y la libertad de contratar*. La inestabilidad que en las fortunas llevaría la excesiva libertad de testar se compensa con los heredamientos o sucesión por medio de contrato en capítulos matrimoniales, lo que hace que los hijos sepan a qué atenerse y dirigir sus actividades no estando pendientes del capricho de los padres. La falta de la sociedad de ganan-

---

(1) Hasta 250 artículos *traducidos* del Código Napoleón demostró el señor Maluquer y Viladot, ex fiscal del Tribunal Supremo, contenía el Código español. Discurso en el Congreso de diputados, 20 marzo 1889.

(2) No es hora de criticar si quedó a medias cumplida la base 1.ª de la ley de 11 de marzo de 1888 en el seguir el patrón del proyecto de 1851 «en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio», porque a su vez el proyecto de 1851 es un arreglo del francés.

ciales, en perjuicio de la mujer, como su postergación en los intestados, resarcido todo esto por la mayor libertad en los parafernales, en los beneficios de los pactos de sobrevivencia, en la constitución y sobre todo, como recurda un autor contemporáneo (1) en la costumbre de nombrar a la viuda *senyora y majora tota poderosa*, y muchas veces encargarle el marido, su testamento, el nombramiento de heredero. *Hac nostra*, la tenuta y la sucesión en la cuarta marital. La libertad de contratar sin límites acarrearía perjuicios a la agricultura, y este peligro se contiene con la fijeza en el cultivo de la tierra con los colonatos, aparcerías, establiments y *rabasses mortes*.

Esta síntesis armónica, ¿la posee en su estructura interna el Código civil? Posee sólo una sistematización armónica en la forma, lo que no es la armonía intena.

Grandísima, incomparable ventaja es poseer articulado, clasificado en libros y capítulos por un sistema francés lógico, todo el derecho civil, mas esto no es el espíritu armónico que requiere la gran obra legislativa de un Código civil.

(1) CAMIN. *Discurso en la Academia de jurisprudencia y Legislación de Barcelona*. 15 Marzo 1899.

CÓDIGO CIVIL

TÍTULO PRELIMINAR

De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación

Artículo 1.º Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de Africa sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la *Gaceta*.

Art. 2.º La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Art. 3.º Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Art. 4.º Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero.

Art. 5.º Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

Art. 6.º El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.

Art. 7.º Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan.

Art. 8.º Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que habiten en territorio español.

Art. 9.º Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

Art. 10. Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario: los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos.

Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, tít. 20, del Fuero de Vizcaya.

Art. 11. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero.

Art. 12. Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del tít. 4.º, libro 1.º

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

Art. 13. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

Art. 14. Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11 respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil.

Art. 15. Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada e intestada declarados en este Código, son aplicables:

1.º A las personas nacidas en provincias o territorios de derecho común, de padres sujetos al derecho foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declaren que es su voluntad someterse al Código civil.

2.º A los hijos de padre, y, no existiendo éste o siendo desconocido, de madre, pertenenciente a provincias o territorios de derecho común, aunque hubieren nacido en provincias o territorios donde subsista el derecho foral.

3.º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común.

Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil.

En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre.

Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.

Art. 16. En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código.

Tiene por primordial y casi único objeto esta obra explicar, en cuanto sea posible y claro, las relaciones del derecho catalán con el Código civil; deslindando las diferencias y ayudando a la mejor aplicación de lo uniforme, ya sea esta uniformidad impuesta por el legislador ya por coincidencia, nacida de igualdad de origen de algunas instituciones. Seguiré el mismo orden del articulado del Código.

Se ha considerado en la práctica y por los modernos tratadistas catalanes, que el Título Preliminar rige en Cataluña en

su conjunto, pero con algunas excepciones de los siguientes artículos:

Artículos 4 y 5. La materia de las renuncias se apunta en un principio general exacto. En cada caso de renuncia de un derecho podrá verse en la respectiva institución catalana. Alguien ha observado que no debiera en Cataluña regir el artículo 5, habida cuenta que lo relativo a las fuentes del derecho no puede comprenderse en dicho artículo 5 y en el 12, por ser distintos los efectos de la ley de los de la costumbre o doctrina legal y las reglas para su aplicación (1).

En otra parte me permití la crítica de este detestable sistema del artículo 5.º del Código civil, y allí entre otras cosas dije: «Cabe dar a las leyes derogadas una categoría inferior, como sucede en la compilación o Código de las Constituciones que relega al tercero y último volumen las leyes *superfluas contrarias y corregidas* o se dejan como en el Código suizo sin decretar la muerte de ellas; más claro, no admitir el concepto de la ley absolutamente *derogada*, que quiere decir *destruída*, sin fuerza alguna, ni aun para interpretación, lo que equivale a arrancarla de cuajo como planta que se echa fuera de las tapias del jardín, lanzada y expulsada del Código, o bien sin violencia eliminarla como por una especie de jubilación en vida.

Un sistema u otro proceden del concepto distinto que se tenga de lo que sea *la ley*. Aquí, en este nuestro país catalán, como en Inglaterra, donde tampoco se derogan por modo expreso y violento las leyes civiles, la ley arranca de la obra del pueblo; en los Códigos a la francesa la ley la dicta, consultando principios abstractos o voliciones imperantes, el legislador (2). Cuando la ley nació de la costumbre, sólo la contradicción o el desuso la retiran; cuando emanó del imperio legislativo, otro acto pragmático la destruye; de aquí que el Código español no conoce otro modo de derogación que este: «Las leyes (según

---

(1) SAGUER. *Situación del derecho catalán ante el Código civil*. Gerona, 1895.

(2) En la sentencia de lo contencioso administrativo de 18 Enero de 1911 quiere buscarse un precedente de este artículo en la legislación castellana: ley 11, tit. 2, lib. 3, de la Novísima Recopilación, al expresar que la ley tiene fuerza perpetua mientras no se derogue; la verdad es que procede del Código francés, artículo 4.º

dicho artículo 5.º) sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario» (1).

Pero sobre todo esto, existe vigente en el derecho de Cataluña, a tenor del art. 12, la ley 32, lib. I, tít. III, *De legibus* del Digesto, que establece que las leyes se derogan *por el consentimiento de todos por medio del desuso* (2) y así lo dieron por admitido los tratadistas catalanes (3).

Queda, sin embargo, planteado el siguiente problema: Si preceptúa el art. 12 que rige para toda España este Título Preliminar en cuanto se determinan *los efectos* de las leyes y las reglas generales *para su aplicación*, y es así que este artículo trata de que las leyes no pierden *su efecto* por el desuso, luego resulta de aplicación a Cataluña. Mas, ¿a qué leyes esto se refiere? Si a las romanas y catalanas y de consiguiente anteriores al Código, no son presumibles efectos retroactivos respecto a las que están desusadas, las cuales no han de tomar nueva vida con este artículo. Si en Cataluña, por ejemplo, no se aplican las leyes romanas que tratan del comiso en el enfiteusis, este desuso no va a desaparecer. Es esto además, una costumbre que debe observarse sin alteración según términos del artículo 12. El desuso, entiendo, pues, continúa, por el derecho romano y por la costumbre, como otra de las causas de ineficacia *de la ley catalana indígena, y romana y canónica*.

Esta cuestión se enlaza con la fuerza de la costumbre (el desuso es una costumbre) y de la costumbre contra ley.

Carece la cuestión de la costumbre contra ley de importancia práctica después de la publicación del Código civil; porque

---

(1) PELLA. *Codificación moderna y codificación catalana. Sistema de ley escrita en las Constituciones de Cataluña*. Conferencia en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1912.

(2) Son la lógica y la libertad romana que hablan en esta ley: «Porque así como las mismas leyes *por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo*, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo, porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador, *sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso*.»

(3) MIERES. *Apparatus*, coll. 9, cap. 8, n.º 38. OLIBA. *De actionibus*, p. I, lib. III, ad penales n.º 86.

ni con el distingo de que la costumbre contra ley afectará al derecho especial propio mas no a las leyes generales del reino (1), no es posible que continúe en pie el problema de la costumbre contra ley, ya que se ocurre desde luego preguntar: ¿de qué costumbre contra ley se trata? Si es de la establecida contra ley en Cataluña antes de publicarse el Código civil, ésta ya forma parte del régimen *consuetudinario* mandado observar por el artículo 12; si será la costumbre que vaya elaborándose y aparecerá aquí en la actualidad, después del Código, ésta no entrará jamás en el régimen jurídico catalán, dado que el artículo 12 admite sólo la conservación del *régimen actual consuetudinario*; en modo alguno el que al compás de los tiempos por evolución haya de suceder y sucediere (2).

Y como la legislación propia de Cataluña quedó paralizada con la publicación del Código civil y la vida de ella puesta en un entredicho o interinidad, rigen las leyes y costumbres catalanas por la autoridad que les ha dado el Código; al fin y al cabo de esta forma absolutista usó Felipe V en el decreto de Nueva Planta cuando previno lo siguiente: «Mando se observen las Constituciones que antes había en Cataluña, *entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto*» (3). De manera que rigen las costumbres catalanas existentes a la publicación del Código, rige si se quiere la ley canónica que admite la costumbre contra ley, pero si ésta no había engendrado y dado una costumbre en el momento histórico en que sólo se dió valor al régimen *jurídico actual* del derecho catalán, no tendrá entrada en el templo que cerró el legislador en 1889. Por donde se ve

---

(1) TRÍAS. *Conferencias de derecho civil catalán*, Barcelona, 1899, pág. 134. ALMEDA. *La costumbre como fuente de derecho*. (Discurso en la Academia de Jur.), 1908, pág. 22.

(2) Muy otro concepto que el ahora corriente tenían los antiguos tratadistas del derecho catalán.

MIERES (*Apparatus, collatio* 6, cap. 6, Cortes de Monzón) opinó que no vale la costumbre contra las Constituciones juradas de Cataluña y privilegios, pero esto en casos particulares y concretos, no cuando se trata de costumbres generales introducidas mediante la tolerancia del poder; entonces aun impropiamente se dice que la costumbre deroga la ley, pues en rigor lo que hace es prescindir de su observancia todo el tiempo que la costumbre subsiste (collatio 10, Cortes de Barcelona, cap. 23.)

(3) Cap. 42 del Decreto de Nueva Planta, ley 1.ª, tít. 9, lib. 5, de la Novísima Recopilación.

la ninguna importancia del problema de la costumbre contra ley en estos momentos (1).

De la aplicación, sin embargo, del artículo 5 a Cataluña en eso de que «no prevalecerá contra la observancia de la ley el desuso ni la costumbre o práctica en contrario», surgió esta duda: ¿la costumbre contraria al Código civil, formando ésta parte del derecho especial de una región, se aplicará con preferencia a dicho Código? ¿Se antepondrá el derecho no escrito consuetudinario al texto escrito y solemne del Código? Se cree por cierto autor que este artículo es de general aplicación, pero el artículo 12 determina una excepción especialísima que consiste en respetar el régimen jurídico consuetudinario de las regiones y sólo después de él como supletorio ordena se aplique el Código (2).

Art. 6. Es pretensión exorbitante del Código francés, que ha servido de norma a nuestro Código, el querer ordenar cuantos actos jurídicos puedan imaginarse, y proveer a todo en un millar o dos de artículos y éstos de pocas líneas. Por esto en tales condiciones la obra del abogado y del Juez resulta una mecánica de aplicación de artículos y viene a reducirse a un arte más que constituir una ciencia. El Código francés (art. 4.º) en tanto parte del supuesto de que en el Código estaba todo, que pena al Juez que rehusase fallar so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley; porque la ley creyó abarcaría los casos todos de la vida jurídica.

El Código español puso a esta pretensión napoleónica ordenancista el corto paliativo de que «cuando no haya ley *exactamente* aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre *del lugar* (concepto que hasta ahora está por definir) y los principios generales de derecho». No sabemos cuántos y cuáles sean éstos, ni cuándo un principio adquiere el calificativo de general.

Bien opuestas a todo esto novísimamente se han manifes-

---

(1) La sentencia del Tribunal Supremo de 1 abril de 1891, que suele citarse en este particular, precisamente acepta una costumbre contra la ley del fuero de Navarra ya establecida al publicarse el Código.

(2) MARTÍ Y MIRALLES. *Estudio sobre el artículo 12 del Código Civil*. Barcelona, 1901, págs. 48 y 49. Véase el caso práctico de la nota anterior.

tado otras tendencias jurídicas en Europa, en los Códigos últimos. Puesto a fallar, el Juez no debe preguntarle al texto de la ley lo que ésta no dice, sino que, como ordena el Código suizo en su primer artículo, «en defecto de una disposición legal aplicable, el juez debe resolver según el derecho consuetudinario y en defecto de costumbre, según las reglas que él establecería si él debiera hacer acto de legislador, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia».

A los legisladores de la república helvética no les preocupó que el juez en caso de silencio de la ley se convierta en legislador, destruyendo la separación de poderes legislativo y judicial; que al parecer, según Laurent (1), en acatamiento de esta separación se debió la rigidez del principio francés a que antes me refería.

Esa preocupación, nacida de las ideas simplistas del siglo XVIII y sostenida hasta después de la primera mitad del siglo XIX, que quiere convertir la ley en un decálogo, es abiertamente contraria a la ciencia del derecho. ¡Con qué ingenuidad hija de esa preocupación el autor o inspirador del Código civil español escribía lo siguiente:

«¿Se ha pensado seriamente en las inmensas ventajas de una ley idéntica en todas estas materias, aplicable por igual a todos los ciudadanos españoles, así como a los extranjeros que habiten nuestro territorio o posean bienes inmuebles en él, *redactada con exquisita concisión y claridad y en el idioma patrio y reducida a tan pequeño volumen que su adquisición esté al alcance de todas las fortunas y sea tan manuable que los ciudadanos honrados puedan llevarla en el bolsillo, como llevan hoy los criminales el Código penal*? (2).

Lastimosamente, y aparte del inoportuno recuerdo de los criminales, anda mezclada aquí la idea de divulgación de las leyes, lo cual es fácil, dada la educación popular, de muchas

---

(1) LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruselas, París, 1878, n.º 39 y 40.

(2) ALONSO MARTÍNEZ. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1884, págs. 44 y 45.

y variadas maneras, y las de substancia, exposición y redacción al publicarse en forma solemne el texto legislativo. Las leyes civiles no son de la índole de las penales, administrativas, militares y de política: regulan hechos sociales y situaciones complejísimas de la familia y la propiedad, y atienden a las materias más varias de la vida íntima: el Código civil no debe caer en la mezquina e inútil condición de un simple manual de derecho, como gráficamente alguien dijo al discutirse el Código español en el Senado (1), porque con igual proceder se pretendería reducir toda la ciencia de la medicina a un simple libro de recetas o aforismos, proclamando que con semejante libro en el bolsillo, puesto también al alcance de todas las fortunas, tendrían los ciudadanos las consultas en materia de salud breves, expeditas, sin necesidad de otra ciencia.

El derecho civil especial de Cataluña se sostiene no sólo por leyes, sino y aun principalmente en ciertos casos por *costumbres generales* (2). De manera que en este punto el criterio propio y especial del derecho catalán no es el del Código: éste sólo admite la costumbre *del lugar*. En Cataluña, pues, en defecto de la ley, acudirá el Juez a la costumbre general y a la local reconocida y por último a la opinión de los autores admitida por los Tribunales formando doctrina legal (3), y aun resolverá

---

(1) «Manualito de derecho patrio para uso de adolescentes». Don Alberto Bosch, sesión del 29 enero de 1889.

(2) BROCÁ Y AMELL. *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1886, tomo I, pág. 101, citan agrupadas todas las leyes que sancionan la vigencia como ley de la costumbre general; en primer término el famoso Usaje *Unaquaeque gens «costumbre* es un derecho formado por usos, el cual es tenido por ley», las Constituciones 10, 13 y 17, tít. 17, lib. I, vol. I, de *Observar Constitucions*, que ordenan que *los usos, prácticas y costumbres sean observadas*, etc., etc.

Véase el capítulo I «La ley», de la Sección «Constitución formal o externa».

(3) Sentencias del Tribunal Supremo, 4 de mayo de 1859: «Las opiniones de los autores no constituyen doctrina legal, según las Constituciones de Cataluña, sino cuando consta que han sido uniforme y constantemente aplicadas por los Tribunales» y la Sentencia de 30 de junio de 1866 añade: «Que ni las opiniones de los autores, por respetables que sean, ni la práctica o jurisprudencia de determinada localidad o Tribunal, son bastantes por sí para constituir la doctrina legal cuya infracción cita la ley de Enjuiciamiento civil como mérito para producir la casación». Igual en las de 9 febrero, 1878 y 24 marzo de 1882. En igual sentido la de 19 de febrero de 1898. Aunque fueran rigurosamente exactas las doctrinas de los autores, no prevalecerían contra un precepto terminante de la ley. 16 abril de 1898 y 28 febrero 1900.

En la Resolución de la Dirección de Registros de 20 noviembre de 1900 se dice que «la doctrina de los autores o expositores de la legislación de Cataluña *anteriores a la citada Constitución de Cortes de 1599, la cual doctrina es supletoria de esta última.*»

por equidad, cuando esto todo faltase, para fallar el punto controvertido, pero esta equidad regulada y conforme a las reglas del derecho común y a lo que en materia de equidad digan los autores. Esta gradación se encuentra prevista por las Constituciones de Cataluña en el título que precisamente trata «del derecho que se ha de seguir en el fallar las causas», (lib. 1, tít. 30, vol. 1).

Si se pretendiera que el artículo 6.º del Código civil es de aplicación a Cataluña porque en su primera parte el art. 12 ordena que las disposiciones del Título Preliminar «en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su *aplicación* son *obligatorias en todas las provincias del reino*», aun en este caso el juez llamado a resolver una cuestión litigiosa, con la cual no se relacionase ley ni costumbre del lugar, ni principio general de derecho, debiera, por la excepción establecida en el mismo artículo 12, o sea de que en las provincias y territorios donde subsiste derecho foral lo conservaran por ahora en *toda su integridad*, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o *consuetudinario*, debiera, digo, el juez, aplicar la costumbre general, porque ésta por textos expresos de las Constituciones de Cataluña forma parte de la legislación catalana, que se manda conservar en toda su integridad, por vía de excepción a la regla general sentada en la primera parte del artículo.

Más acertada, sin embargo, es la solución que dan los que juzgan que el art. 6.º no entra en ninguno de los casos que según el art. 12 deban ser de general aplicación las disposiciones del Título Preliminar, porque no se trata en este artículo 6.º de efectos ni aplicación de leyes ni estatutos, sino del derecho a que deberá acudir el juez, precisamente por la falta o la imposibilidad absoluta de aplicar leyes y estatutos (1); no es un caso de aplicación sino de inaplicación de las leyes.

Se observa que el artículo 6.º omite por completo la jurisprudencia como ampliación o complemento de la ley. La jurisprudencia, aun en los mismos días presentes en que goza

(1) Borrell y Soler. *El Còdic civil a Catalunya*, Barcelona, 1904, pág. 29.

de tanto crédito al punto de que se da por dichoso el abogado que para el caso del litigio descubre alguna sentencia del Tribunal Supremo, está irremisiblemente proscrita por este artículo del Código civil (1).

No rige este artículo, y con no regir queda legalmente viva, aunque de hecho lo estará también en el resto de España, la jurisprudencia de los tribunales en el Principado.

En el presente Principado tuvieron nuestros prácticos el criterio de que las sentencias definitivas del Rey o del Supremo Senado no constituían derecho general, ni tenían fuerza de ley, pues el Rey sin concurrencia de las Cortes no podía dictar leyes (2).

Naturalmente, decían los tratadistas catalanes, que lo fallado sirve muchas veces de ejemplo para otros fallos, y mueve la opinión de los jueces, y conduce también a la interpretación del derecho dudoso, mayormente si las sentencias son de un Tribunal Supremo y con ellas se introduce una costumbre, en cuyo caso deberá estarse a la costumbre, a menos que la común opinión de los Doctores se manifieste en contra (3).

Dicha costumbre se verifica, según la más admitida opinión, en dos actos conformes en un mismo punto. Por manera que *la doctrina legal se tuvo como hija de la costumbre, aunque se*

---

(1) D. Emilio Saguer en su opúsculo *La situación del derecho catalán ante el Código civil*, Gerona, 1895, pág. 17, reconoció la extraordinaria importancia de los artículos 5 y 6; en primer término porque, a su entender, en ellos se proscribe la jurisprudencia o doctrina legal. Esto mismo ya afirmó D. Augusto Comas (*La Revisión del Código civil español*, Madrid, 1895, pág. 219): «Entiendo pues, dijo este autor, que el Código ha borrado la jurisprudencia del número de las fuentes del Derecho civil, excluyéndola, siquiera implícitamente, por su artículo 6.º y haciéndola enteramente inútil aun para el caso en que se intentase defender su subsistencia, invocando para ello los términos de la disposición final derogatoria, por no ser la jurisprudencia materia de que el Código se haya ocupado expresamente.»
En segundo término, que a pesar de estar comprendidos en el título preliminar no tratan de la aplicación y efectos de las leyes y estatutos sino que determinan cuáles son las fuentes del Derecho y con qué extensión se admiten en el derecho civil; y en cuanto excluyen aquí la costumbre general, si se pretendiesen que rigen en Cataluña chocaría con el artículo 12, que reconoce expresamente nuestro derecho *consuetudinario*.

(2) Constitución I, tit. *De Usatges Constitucions*, XAMMAR, *De officio, judicis* par. I, quæst. 15, n.º 75. CANCER, *Var. Resol.*, p. 3, cap. 3, n.º 88 y p. 2.ª, cap. 1, n.º 3. CORTIADA. *Decisiones. dec.* 24, n.º 20 a 27. Véase lo dicho en el cap. «La jurisprudencia de los tribunales».

(3) Dig., lib. 1, tit. 3, *de legibus* ley 23 *minime* y ley 37 *si de interpretatione*. PEGUERA *Decisiones dec.* 26 n.º 13 AMIGANT *additiones* a Peguera rub. 24 n.º 28. Alegato a favor de María Cistarer y Jori de la villa de Reus por Francisco Toda, Barcelona, Enero 1680.

revelase en este caso por los fallos de los Tribunales. Esta es la doctrina catalana.

Arts. 9 y 10. El estatuto personal se acepta en el art. 9 en lo relativo a los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de las personas, para los que se hallen en el extranjero, mas como en el artículo 14 esta misma regla se aplica a los españoles sujetos a diferente legislación civil, con ello se reconoce la nacionalidad regional; d manera que los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal siguen al individuo catalán donde quiera que se halle, así se encuentre en Castilla u otros territorios de España, como si reside en el extranjero. La jurisprudencia, pues, que en sentido algo distinto se reveló antes del Código, no debe aplicarse.

Reconoce el art. 10 en beneficio de la unidad de la persona jurídica llamada herencia, conjunto de bienes, derechos y obligaciones que dejó a su muerte una persona, como queriendo continuar a ésta, rige el Estatuto personal: de manera que sólo el Estatuto real regirá en las transmisiones por título singular. Así lo ha precisado aun más la jurisprudencia (1).

Art. 12. Artículo fundamental, constitucional podríamos llamarlo, para el orden civil de Cataluña; él determina lo que

---

(1) En un recurso de casación procedente de Aragón se alegó entre otras infracciones de las reglas del Estatuto real, condensadas en el principio de derecho que se enuncia con las palabras *lex rei sita*, y en la doctrina del Tribunal Supremo establecida en sentencias de 6 Noviembre 1867, 23 Octubre del 73, 8 de Junio del 74, 10 de Marzo del 93 y 3 de Junio del 96; porque el testador dejó a su hija bienes en Valencia y en Aragón, los primeros, de no ser aragonesa la causante, habían de ser divididos según los fueros aragoneses, por encontrarse situados en el territorio sometido a esa legislación foral. Pero el Tribunal consideró «que si bien *la transmisión de bienes inmuebles por título singular, y cuando se trata de cosas determinadas se rige por la ley del territorio o Estatuto Real*, al que se atiende igualmente para la determinación y clasificación de los derechos inherentes a dichos intereses es doctrina establecida por el Tribunal Supremo de acuerdo con los más equitativos principios de derecho internacional, inspirados en la conveniencia *de la unidad de la sucesión* y en la necesidad de que, a quien se concede adquirir en determinado territorio bienes raíces, se le otorgue la facultad de disponer de ellos, según la ley que autoriza su legislación activa—derivación ésta ineludible de la capacidad civil regida siempre por el Estatuto personal,—y doctrina ahora corroborada por el art. 10 del Código civil, que las sucesiones legítimas y testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regulen por la ley nacional del causante, sean cuales fueren los bienes de que se trate y el país en que estuvieren éstos». Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Diciembre de 1901. En igual sentido había indicado esto para un caso de Navarra la sentencia de 19 Diciembre de 1894.

queda subsistente y lo que queda derogado del derecho catalán (1). Ha promovido en los comienzos de la vida del Código apasionadas discusiones, a las que ha puesto fin, en gran parte, la jurisprudencia de los Tribunales.

Lo que sea *régimen jurídico foral*, que en toda su integridad debe conservarse, se ha declarado en el sentido de que es «el excepcional que antes de la publicación del Código regía para determinadas materias en las provincias y territorios de fuero» (Sent. 12 febrero 1897) «que no hubiese sido derogado o modificado por leyes o disposiciones de carácter general obligatorio» (Sent. 16 enero 1897 y 8 de junio de 1904) (2).

Se ha alargado excesivamente esta consideración de que las leyes de carácter general obligatorio no formaban parte del régimen foral, porque no sólo se han tenido por derogadas todas las disposiciones de derecho civil posteriores en Cataluña a Felipe V, o sea al Decreto de Nueva Planta, que esto dependía del alcance que se diera a la palabra *régimen jurídico* que usa el artículo 12, añadiendo que en lugar de ellas regía el Código, sino que también se ha declarado que algunas leyes especiales, como la de mostrencos de 9 de mayo de 1835, modificaron esencialmente las reglas de la sucesión intestada romana que por la Novela 118 era la de Cataluña: (Sent. 20 mayo 1893 y 7 julio 1915 en contra de lo dicho en la de 1 marzo 1902), sin tener en cuenta que una ley especial no puede hacer una revocación completa de otra general. Muchas leyes especiales en propiedad industrial, intelectual, minas, expropiación, contienen reglas de derecho civil que jamás, como es natural, se excedieron a pasar al derecho civil general, ni se entendió que lo derogasen, antes son sus disposiciones de derecho civil una excepción dentro de la materia singular de que se ocupan. Mas sea de esto lo que se quiera como asunto de crítica o comentario, está ya resuelto en varias sentencias (12 de junio de 1894, 3 diciembre 1895, 18 junio 1896 y 16 enero

(1) Borrell *El Còdic civil a Catalunya*, Barcelona, 1904, pág. 59.

(2) En esta materia, como en las demás de las relaciones del Código y el derecho catalán, cito sólo las sentencias más claras y precisas referentes al punto concreto de que se trate.

1897) que tales leyes derogólas el Código, por considerar estaban fuera del derecho foral, de modo que se respeta éste en su acepción de indígena, autónomo y genuino. Finalmente, respecto a la extensión que como derecho supletorio tuvieran las disposiciones del Código aplicadas a Cataluña, se ha fallado (Sentencia de 8 de junio de 1904) «que si bien el Código rige como supletorio en Cataluña *es únicamente para suplir deficiencias y vacíos de su legislación, no para corregir y enmendar lo que se encuentra previsto*»; en fin, que si el derecho apareciese por primera vez en el Código tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior (Sent. 31 mayo 1892).

Queda en pie, con esto último, la cuestión de las Instituciones nuevas. y es de cada caso, y en cada caso se verá, si en realidad concurren las condiciones de una verdadera novedad que el Código ha traído «para suplir alguna deficiencia o vacío» de nuestra legislación o por el contrario es corrección y enmienda de lo ya subsistente.

Muy lato y expuesto a infinitas cavilaciones es todo esto, pero debiera reducirse el problema a reglas concretas. Si existe ley foral indígena o supletoria no debe introducirse novedad porque no hay vacío, a menos que de tal modo hayan cambiado las condiciones sociales especialmente al aplicar derecho romano; cuando esto ocurre no debe sostenerse, por ejemplo, que el hijo natural es sólo el hijo de la concubina, como si la institución del concubinato existiese, según se vió en un recurso procedente de Navarra. Si hay vacío en la ley foral, pero existe jurisprudencia o costumbre, que son fuente de derecho, no entra el Código y es así como no debió haberse destruído con la sentencia de 24 febrero 1914 las cláusulas *ad cautelam*, porque había copiosa, copiosísima jurisprudencia que las respetaba; aunque hubiérase formado esta institución por interpretación viciada si se quiere de leyes romanas y de Partidas, obedeciendo a una necesidad por las asechanzas que a se ven expuestos algunos testadores, y que el Código francés ha previsto con su originalísima teoría acerca la revocación de los testamentos. Habrá de verse también si la institución está perfectamente definida en el derecho foral, y con pretexto de llenar un vacío

se buscó su alteración, como se pretendia en cierto recurso de casación respecto a la legítima de los hijos naturales (1).

Finalmente admitido el criterio de que el Código completa y no corrige, se suscitará la duda de si en el caso contrario, o sea cuando en sentido opuesto el derecho romano catalán completa un vacío del Código, por ser éste, aun en las materias mejor expuestas, breve, conciso, y no puede prever todos los casos, deberá o no regir el derecho antiguo. Conviene hacer alguna declaración sobre este particular, porque lo considero de aplicación muy frecuente.

A mi modo de ver, este es un caso de aquellos en que se beneficia de aquel principio de que algunas veces las leyes posteriores se interpretan por las anteriores si no son contrarias (*sed et posteriores leges ad priores pertinent*; D., lib. 1, tít. III) y tratándose del derecho catalán tiene más importancia, porque a cada paso la legislación romana es más completa que el Código. ¿Por qué, si no es contrario el derecho romano, no ha de regir entonces en Cataluña?

Art. 15. Está ya lejos y en la categoría de un episodio de la historia contemporánea de Cataluña, la profunda agitación que se produjo con la aparición del Código civil por sus artículos 12 y 15 tal como estaban primitivamente redactados: dióse el raro ejemplo de un país que se alborotó por haber sido amenazadas, no sus libertades políticas ni sus intereses económicos, sino sus leyes civiles. Hoy quedan modificados tales

(1) Vale la pena de reproducir a este propósito un considerando de la Sentencia de 13 de Mayo 1902: «Que no es exacto que el núm. 3. del art. 807 del Código civil haya *venido a llenar vacío alguno* de la legislación foral vigente en Cataluña, como tampoco tiene tal carácter en la de Castilla, pues *no es lo mismo suplir deficiencias y legislar sobre casos no previstos, que modificar más o menos esencialmente lo que se encuentra establecido acerca de tal o cual rama del derecho*, y es evidente que en el caso del actual pleito, los derechos de los hijos naturales se hallaban perfectamente definidos, tanto en el derecho romano como en las Constituciones forales de Cataluña, que en el derecho castellano antes de la publicación del vigente Código; que al reconocer en favor de los hijos naturales un derecho legitimario, hizo esencial modificación y reforma de los preceptos legales antes existentes, que sólo pueden afectar a la legislación común derogada en esta parte, pero no a las forales, que la conservan en toda su integridad, al tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 12 del expresado Código, y es indudable que en la vigente en Cataluña *no existe prescripción alguna que contradiga la libertad de los padres para disponer de sus bienes con preterición de sus hijos naturales*, lo que según queda expuesto, no constituye una omisión, sino una negativa de derechos legitimarios independientes de los alimenticios que pudieran alegar tales hijos.» (Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de Mayo 1902.)

artículos, y de su primitiva redacción no hay quien se acuerde, pero es necesario exhumarla por lo que se refiere al artículo 15 para mejor guiarse en la interpretación de su redacción presente:

Decía así:

«Artículo 15. Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada o intestada declarados en este Código, son aplicables:

1.º A las personas nacidas en territorios de derecho común.

2.º A los hijos de padre o madre que tengan la precedente condición aunque hubiesen nacido en provincias y territorios donde subsiste el derecho foral.

3.º A los que procediendo de provincias o territorios forales hubiesen ganado vecindad en otros, sujetos al derecho común.

En este caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos la de su padre.»

El que quisiera enterarse de lo que importaba la asimilación, según este artículo, no necesita leer lo mucho que se escribió y peroró en su día combatiéndolo (1): le bastará fijarse en que el nacido en territorio de derecho castellano o común no podía cambiar su derecho. Si esto se permite al extranjero ¿por qué en las relaciones interregionales no se consentía al castellano? Esto tiraba a lograr que no se desmembrara el círculo de acción del Código, hasta el punto que el mismo principio de territorialidad en que se basaba el párrafo primero, se aplicaba en el segundo en sentido opuesto, no dando fuerza a la territorialidad de los países forales cuando acaecía nacer en ellos un hijo de castellanos; y así la absorción por medio de la residencia o vecindad, que se admitía como medio de asimilación únicamente en provecho del derecho llamado común en cuanto sólo trataba de los hijos de territorios forales que pasasen a residir en Castilla y no de los que de Castilla iban a

(1) Se recomienda sin embargo la lectura del folleto de TRÍAS (catedrático de derecho internacional), *El derecho interregional según el artículo 15 del Código civil*, Barcelona, 1889, y la Exposición elevada a las Cortes en 5 Febrero 1889 por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona.

establecerse y residir en provincias de derecho foral, resultaba un sistema de tan avasalladora, continua y extensa función de absorción del derecho civil del Código, que con tratarse de relaciones interregionales, o sea dentro una misma nación, y esas, dada la vida moderna tan activas y extensa, se llevara en pocos años un número incalculable por lo copioso y grande de ciudadanos de Cataluña, Aragón, Baleares y Navarra, países impropiamente llamados forales, a la sujeción del Código civil. Esas habilidades, impropias del legislador, para ganar la suspirada nivelación uniformista del derecho civil de España, pudieron desbaratarse, y se redactó el artículo 15 en su actual forma, en la cual después de establecer algunas reglas respecto a los elementos forasteros (entiéndase de otra región) entrados respectivamente en territorios de derecho común o foral, concluyó estableciendo que las disposiciones del artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.

Esto era lo justo, pero con ser lo justo todavía hay quien sostiene que esa reciprocidad se refiere a los territorios forales entre sí (1); de manera que los castellanos no podrían adquirir por vecindad, por ejemplo, la condición de forales, pero éstos sí la de castellanos, engrosando el contingente de los individuos sujetos al derecho común y en cambio no mermándose jamás el bloque de este derecho. Este criterio, combatido brillantemente por un jurisconsulto aragonés (2), no tiene fundamento, si se considera cómo nació tal disposición después del revuelo que levantó la primitiva redacción del Código, precisamente por la falta de reciprocidad que se notaba entre unos territorios con otros, y por haberse calcado sobre la ley de extranjería y los artículos 18 y 19 del mismo Código, y además la misma frase repetida de «territorios y provincias de diferentes legislación civil» en el art. 14 cuando compara el derecho internacional con el derecho interregional, no había para que negar a los españoles en sus relaciones interregionales lo que se concedía a los extran-

(1) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo I, pág. 119.
(2) RIPOLLÉS, *Jurisprudencia civil de Aragón*, Zaragoza, 1897, tomo I, págs. 309 y 314.

jeros o sea de favorecer el paso de una a otra legislación por actos de mera voluntad, que es lo que lamentan todavía algunos unitaristas (1).

El Real decreto de 12 junio de 1889, obra del jurisconsulto catalán don Manuel Durán y Bas, señaló los plazos y organizó la manera de hacer las manifestaciones necesarias ante la justicia municipal para la sumisión al derecho foral o al del Código.

Cierta incoherencia y falta de unidad de este artículo se excusan recordando los orígenes que tuvo, mas entiendo que sus preceptos van dirigidos unos a los ciudadanos que habiendo nacido o residido fuera de la región manifestaron o dejaron de manifestar su deseo de conservar o cambiar su derecho civil, pudiendo ser esta manifestación por hechos, a más de la permanencia, que demuestren el propósito más o menos ostensible del interesado de variar su Estatuto personal de origen (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1892 (2), como también en el caso de haberlo perdido, la voluntad se demuestra por actos varios (Resolución de Registros, 4 julio de 1911), que en este particular, en una curiosa sentencia, el mismo tribunal (1.º febrero 1910) dijo que la mujer de origen catalán que al enviudar realiza todos los actos y cumple todas las condiciones para que se comprenda su voluntad de recobrar la calidad de catalana, no tiene necesidad de hacer manifestación alguna especial para conservarla estando en posesión de esa calidad.

Mas consideradas en conjunto las disposiciones de este

---

(1) COMAS, *La revisión del Código civil español*, Madrid, 1895, tomo I, pág. 71.

(2) El caso de esta sentencia de 29 de Marzo de 1892 es el de un castellano que habiendo residido diez y siete años en Barcelona, testó en forma catalana limitando una legítima; se redujo la cuestión al hecho probado que la voluntad del testador fue continuar siendo castellano; se citaron como infringidos la ley 2, tít. 39, lib. 10, del Código, por la cual a los diez años se gana vecindad y el *Recognoverunt proceres*, y en este punto el Tribunal declaró que el *Recognoverunt* no se refiere a derechos propiamente llamados civiles.

En la de 26 de Enero de 1897 se considera a un individuo catalán por proceder de Cataluña, no constar el tiempo de vecindad que llevaba en Madrid, *ni que haya manifestado su voluntad en contrario*.

Aunque no se refiere a pleito de Cataluña, sino de Vizcaya, la sentencia de 23 de Diciembre de 1904 aplica el fuero, porque el testador «habitó con casa abierta en Vizcaya durante 15 años consecutivos, *habiendo efectuado durante ese tiempo manifestaciones ostensibles de querer ganar vecindad*».

artículo, resalta de ellas el principio admitido en los Códigos modernos de que el origen (*jus sanguinis*) y no el territorio, como sucedía en la época feudal, determina el goce de los derechos. Porque aunque en apariencia parece el primer párrafo de este artículo referir los derechos al territorio, la verdad es que establece que la nacionalidad foral no se pierde, sigue a la persona de los padres, y el hecho casual del nacimiento de un hijo en territorio de derecho común, no altera el derecho de origen, a menos de mediar una declaración expresa de los padres durante la menor edad del hijo o de éste en el primer año de su mayor edad. El mismo criterio informa el párrafo segundo. Finalmente, la vecindad continuada a que se refiere el párrafo cuarto no es otra cosa que una declaración de la voluntad de querer perder la ley de origen (1).

La manifestación de la voluntad será expresa o tácita; y quedará ello como tantos puntos de hecho sujeto a la apreciación de prueba de los Tribunales. Así la prolongada vecindad en Madrid de una mujer navarra se ha considerado bastante para aplicar a su sucesión los preceptos del Código, aunque la vecindad y permanencia fuese anterior a la publicación de éste (2).

Un conflicto grave, que vi prácticamente, ocasiona la interpretación de este artículo y en ello opino de muy diversa manera de lo que hace un autor contemporáneo (3). Me refiero a los casos en que hay contradicción de derechos entre individuos de una misma familia: entre la mujer y el marido, por ejemplo, o entre los padres y los hijos. Así sucede que la mujer que casó bajo el régimen de gananciales en Castilla y adquirió desde aquel instante derechos, no los pierde, entiendo, por el acto del marido de trasladar su vecindad a un país foral donde no existan gananciales; ni un hijo natural nacido en Cuba de madre cubana, no pierde sus derechos a la legítima del Código civil

---

(1) Se adquiere por diez años y no por un año y día, pues el cap. 53, lib. 1, vol. 2 de las Constituciones de Cataluña se refiere al caso especial del vasallo reclamado por el señor de cuyo dominio era oriundo. Sentencia 24 Febrero 1902.

(2) La sentencia de 7 Febrero 1899.

(3) Barrachina y Pastor, *Derecho foral español en sus relaciones con el Código civil*. Castellón, 1911, págs. 43 y 54, tomo I.

por el hecho de trasladarse el padre a Cataluña y aquí reconocer al hijo; quien, por el solo hecho del reconocimiento en escritura pública, no abandonó los derechos a la legislación común adquiridos en Cuba, siguiendo además como hijo natural la condición de la madre, que era cubana. En todos estos y parecidos casos el artículo 15 concede derechos a varias personas de una misma familia que en un momento dado pueden estar en pugna unos con otros.

LIBRO PRIMERO

De las personas

TÍTULO PRIMERO

De los españoles y extranjeros

Art. 17. Son españoles:

1.º Las personas nacidas en territorio español.

2.º Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

3.º Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

4.º Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

Art. 18. Los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad, tienen la nacionalidad de sus padres.

Para que los nacidos de padres extranjeros en territorio español puedan gozar del beneficio que les otorga el núm. 1.º del art. 17, será requisito indispensable que los padres manifiesten, en la manera y ante los funcionarios expresados en el art. 19, que optan, a nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando a toda otra.

Art. 19. Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles deberán manifestar, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el art. 17.

Los que se hallen en el reino harán esta manifestación ante el encargado del Registro Civil del pueblo en que residieren; los que residan en el extranjero, ante uno de los Agentes consulares o diplomáticos del Gobierno español; y los que se encuentren en un país en que el Gobierno no tenga ningún Agente, dirigiéndose al Ministro de Estado en España.

Art. 20. La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero, o por admitir empleo de otro Gobierno, o entrar al servicio de armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey.

Art. 21. El español que pierda esta calidad por adquirir naturaleza en país extranjero, podrá recobrarla volviendo al Reino, declarando qué

tal es su voluntad ante el encargado del Registro civil del domicilio que elija para que haga la inscripción correspondiente, y renunciando a la protección del pabellón de aquel país.

Art. 22. La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido.

La española que casare con extranjero, podrá, disuelto el matrimonio, recobrar la nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo anterior.

Art. 23. El español que pierda esta calidad por admitir empleo de otro Gobierno, o entrar al servicio de armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey, no podrá recobrar la nacionalidad española sin obtener previamente la Real habilitación.

Art. 24. El nacido en país extranjero de padre o madre españoles que haya perdido la nacionalidad de España por haberla perdido sus padres, podrá recuperarla también llenando las condiciones que exige el art. 19.

Art. 25. Para que los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza o ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía gocen de la nacionalidad española, han de renunciar previamente a su nacionalidad anterior, jurar la Constitución de la Monarquía e inscribirse como españoles en el Registro civil.

Art. 26. Los españoles que trasladen su domicilio a un país extranjero, donde sin más circunstancia que la de su residencia en él sean considerados como naturales, necesitarán, para conservar la nacionalidad de España, manifestar que ésta es su voluntad al Agente diplomático o consular español, quien deberá inscribirlos en el Registro de españoles residentes, así como a sus cónyuges, si fuesen casados, y a los hijos que tuvieren.

Art. 27. Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado o en Tratados internacionales.

Art. 28. Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código.

Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los Tratados o leyes especiales.

Quiénes son catalanes

La materia de este título, que trata de españoles y extranjeros, lleva forzada su aplicación a los catalanes por ser espa-

ñoles. En equivalencia y como lugar y ocasión oportunos, diré quienes legalmente son catalanes, o mejor, a quienes reconoce el derecho catalán la ciudadanía.

Dos conceptos, aquí como en todas las legislaciones, dominan, a saber: el de la condición de los padres, de la cual se origina la ciudadanía por la generación (*jure sanguinis*) y el del lugar del nacimiento (*jure loci*).

De estos dos conceptos se avenía más a la condición del pueblo catalán, por tratarse de un país esencialmente feudal, el *jure loci*. La adscripción a la tierra, en una forma u otra, era causa fundamental de toda suerte de derechos civiles y políticos; así el habitante en determinado distrito, por el hecho de nacer dentro de él, ora fuese distrito de castillo feudal, de villa o territorio de realengo o ciudad libre, adquiría privilegios u obligaciones que no afectaban a otros individuos. La tierra era la base de la soberanía en el derecho feudal, y la tierra o territorio determinaba los derechos civiles y políticos del individuo. Cuando se trató de señalar quienes eran catalanes, al criterio feudal se le ofreció en seguida como única la idea del territorio; más tarde en tiempo de Pedro IV, realizadas las conquistas de los territorios de la corona de Aragón, mayores con ello el comercio y aun el trasiego de familias de las diversas tierras del estado aragonés-catalán, surgió en las cortes de Cervera de 1359 el concepto del domicilio para determinar la ciudadanía, y finalmente, reinando Fernando el Católico (Cortes de Barcelona de 1481), se introdujo el concepto de la ciudadanía basado en la condición de los padres (*jure sanguinis*).

De aquí que nuestro gran jurisconsulto Mieres, que escribió su aparato o comentario a las Constituciones antes de esta época, se limita al lugar del nacimiento y al domicilio, pero trata ya del *jure sanguinis*, diciendo: «Nota que catalán se llama aquel que nació en Cataluña, de aquí que catalán es igual a nacido en Cataluña; así Cristo se llama palestino porque tuvo su nacimiento en Belén, de la provincia de Palestina, según hace notar la glosa, etc., asimismo se llama catalán aquel que *mora y tiene su domicilio* en Cataluña; como Jesús se dice nazareno en razón de que en la ciudad de Nazaret fué criado

y domiciliado... «Por costumbre, con la palabra catalán se entiende cualquiera domiciliado en Cataluña» (1).

Nuestras Constituciones revelan bien claramente el desarrollo del derecho de ciudadanía cuando se ocupan de quienes eran nacionales catalanes para los efectos de ejercer cargos públicos, condición de la que se mostraron celosísimas; así unas tratan de la nacionalidad por nacimiento, otras por domicilio, a saber:

POR NACIMIENTO EN EL TERRITORIO. En las Constituciones del título V, libro I (*que los estrangers no pugan obtenir beneficis ni officis ecclesiástichs en Catalunya*), se determina la condición de catalanes por el nacimiento en frases como la de *originaris y nadius del present Principat* (Const. II), *cathalans nats e domiciliats vertaderament y sens frau en los dits Principat de Catalunya o Comtats de Rosselló y Cerdanya, y fills de aquells encara que no sien nats dins los dits Principats o Comtats* (Const. III) LOS QUE SON VERDADERAMENT NATURALS Y PROPIS *fills del present Principat y fills de aquells* (Const XII).

POR EL DOMICILIO. Las Cortes de Cervera de 1359 (Const. de Cat., lib. I, tít. 68: *Que tots los oficials en Cathalunya y Mallorcas sien cathalans*) prohibieron que pudieran ser jueces los no domiciliados en Cataluña (*que algú qui domicili no haja en Cathalunya, e aquell comunament no tenga en ella...*), en cambio (Const. VII, Cortes de Barcelona de 1422) los escribanos y el protonotario debían ser *nacidos, poblados y domiciliados*; y lo mismo los castellanos de castillos y capitanías (Const. VIII), lo propio en las Cortes de Barcelona de 1481 (Const. XI) *alguna persona que no sía nada, e domiciliada en Cathalunya verament, e seus frau, e fictió.*

POR LA CONDICIÓN DE LOS PADRES. La Constitución XII de las mismas Cortes, importante texto legal que regula la condición de los hijos de catalanes nacidos fuera de Cataluña, expresa «que per causa de turbacions, com altrament se trobien vuy en dia, e encara per avant se poríen trobar molts

---

(1) MIERES. *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium cathaloniæ* collatio 6.ª y 9.ª comentando la Constitución de las Cortes de Pedro IV en Cervera y la de Barcelona de Fernando que empieza *confirmants les constitucions fetes*. Véase además CANCER, *Variarum Resolutionum*, part. III, cap. III.

fills de cathalans, qui no son nats dins lo Principat de Cathalunya, ans fora de aquell, per tal statuim e ordenam que qualsevols personas de qualsevol stament, e condició sien, que seran nats, o naxeran de aquí avant fora lo dit Principat de Cathalunya, si aquells tals *seran fills de cathalans*, nats e domiliciats dins lo Principat e volran venir de las ditas parts hont son nats, a star, e habitar, e tenir son domicili e capmajor, e realment aquell tindran verdaderament, sens frau algu, dins lo dit Principat, que aquells tals, *encara que sien nats fora lo dit Principat*, sien haguts en totas cosas e en tals oficis e beneficis per vertaders cathalans, axí como si fossen nats dins lo dit Principat.»

Fué dictada esta Constitución, como ella expresa, en tiempo en que acababan por tener fin las formidables revueltas político-sociales del reinado de Juan II y la guerra de siervos de remensa; causa de emigrar a otros estados, o de huir buena parte de la población y que con la paz regresaba de nuevo a sus hogares.

Esta es la historia interna de esta institución de la ciudadanía en Cataluña; prevalece el derecho feudal en términos que lo que determina el ser catalán es el territorio; se introduce por causa de la extensión de la nación catalana y sus conquistas, y gran comercio, el domicilio; y las guerras y éxodos de la población motivan el *jure saguinis*; pero la nota dominante es el derecho feudal con la idea de adscripción al territorio. En suma, por esta evolución histórica llega el derecho catalán a idénticas conclusiones que el derecho moderno cual aparece en el artículo 17 del Código civil. Son catalanes, como son españoles, las personas nacidas en territorio catalán; los nacidos fuera de Cataluña, de padres catalanes; los que ganaron vecindad en cualquier pueblo del Principado (1).

---

(1) En la sentencia de 29 marzo de 1892 se declaró que el *Recognoverunt proceres* al señalar el año y día para la vecindad no se refiere a derechos propiamente llamados civiles; y en la de 30 octubre de 1901 se completó este concepto con el siguiente considerando: «Que la calidad de ciudadano, equivalente a natural o vecino, se adquiere, tanto con arreglo al art. 15 del Código civil como a los preceptos legislativos forales anteriores y posteriores, por el transcurso de diez años o por residencia durante dos con voluntad manifiesta y que la disposición del cap. 53, tit. 13, lib. 1, vol. 2.º de las Constituciones de Cataluña, *se dictó solamente para el caso especial de que el siervo o vasallo fuese reclamado por el señor de cuyo dominio fuese oriundo.*»

TÍTULO II

Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil

CAPÍTULO PRIMERO

De las personas naturales

Art. 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Art. 30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Art. 31. La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito.

Art. 32. La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

Art. 33. Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro.

Art. 34. Respecto a la presunción de muerte del ausente y sus efectos, se estará a lo dispuesto en el tít. 8.º de este libro.

De las personas naturales

Arts. 29, 30 y 31. Se juntan en estos artículos, declaraciones que no difieren esencialmente del derecho romano, antes lo completan en alguna parte.

Comienzan las obligaciones y derechos del hombre antes de su nacimiento según el derecho romano, pero bajo un concepto especialísimo: el feto en el útero materno no es todavía un hombre, pero si nace en forma humana, su existencia para los fines del derecho no se cuenta desde el instante de su nacimiento sino que se retrotrae a la época de su concepción; si no se dieron antes derechos al feto se debe a que no se trataba de un verdadero hombre y sólo los hombres en este caso pueden ser sujetos de derechos y obligaciones; una vez nacido se le devuelven los derechos por tratarse de un sujeto capaz (1).

Pero veamos el concepto de la personalidad bajo otra explicación no tan rebuscada. Si bien los que existen en el vientre materno, aunque propiamente no entran en la denominación de hombres dada la inseguridad de su nacimiento, fueron considerados tales *en razón a la esperanza de que serán animados* (2), y se consideran, por una ficción, que ya han nacido si es para algo que les sea ventajoso (3).

Los que nacieron muertos no se consideran sujetos de dederecho ni nacidos ni concebidos, porque jamás podrán llamarse hijos (*liberi*) y en este mismo sentido no pueden llamarse los que vinieron al mundo sin figura humana (4).

Y si se quiere ver más por extenso esta materia del Código que no difiere del derecho común, véase al tratar de las sucesiones con respecto a los *póstumos*, y las sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 junio de 1897, 18 de octubre 1899, 7 de mayo de 1902, 27 de octubre de 1903; así como una decisión de la antigua Audiencia de Cataluña que comenta Tristany extensamente bajo el título de *An partus exfeto ventre editus sit vitalis, et sic successibilis, tam active quam passive.* Se trataba de la restitución de una dote que, muerta la mujer, se reclamaba al marido y éste excepcionaba que su esposa murió de parto, pero habiendo dado a luz un feto con vida. Resultó cuestión

---

(1) WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*, trad. italiana, Turín, 1902, tomo I, págs. 215 y 216.
(2) Digesto, lib. II, tit. 8, *De mortuo inf.*, ley 2.
(3) Digesto, lib. I, tit. 5, *De statu homin.*, leyes 7 y 26.
(4) NOODT. *Operum omnium*, tomo II, comentarios al lib. I, tit. 5 del Digesto, Leiden, 1767.

de hecho, por haberse demostrado entre otros extremos que la muerte de la madre no fué en el parto sino a causa de larga enfermedad, y en la extracción del feto por los médicos no resultó probado que éste por su edad pudiese ser viable (1).

Pero sobre todo esto entiendo que no existen diferencias apreciables para no admitir, mucho más cuando traen algo nuevo, como vigentes en Cataluña estos artículos.

Es sin embargo una interesante cuestión la que se plantea algunas veces respecto a considerar nacido al concebido y también además la de saber la extensión que debe darse a la palabra *póstumo* (2), es decir, si con esta palabra se expresa en los testamentos en que figura los hijos que viven una vida jurídicamente llamada uterina, esto es, en el útero materno, o bien si deben entenderse tales los futuros hijos de un matrimonio, a los cuales el abuelo en su testamento llama *postumos* o posteriores a su muerte.

Conviene además precisar la extensión de la palabra *postumo* para saber si comprende los hijos propios o si van comprendidos en ella los hijos de su mujer y un segundo marido.

La cláusula que es motivo de conflictos en la práctica es por ejemplo la siguiente: «Dejo y lego a cada uno de mis nietos y nietas *nacidos o postumos*, tanto...»

En esta cláusula van comprendidos los dos problemas: 1.º Interpretación de la palabra *póstumo* en sí misma. 2.º Extensión a todos los nietos nacidos después de la muerte del abuelo o limitado a algunos.

Respecto a la primera cuestión, el Digesto (3) bien claramente dice que póstumo es aquel que está en el útero y se le considera vivo para las cosas humanas; lo que no contradice la definición de que «*Postumos autem dicimus eos qui post mortem parentis nascuntur*» (4) porque los que nacen después de muerto el padre es condición que sean engendrados por éste y nazcan por lo tanto dentro de los diez meses, de otra

---

(1) TRISTANY. *Sacri supremi senatus Cathaloniæ decisiones*. Barcelona, 1701, dec. 78.

(2) En latín *Posthumus* de *post humus* o *post humatum* o sea *nacido después de sepultado* el padre.

(3) Leyes 7 y 26. De statu hominum, lib. 1, tit. 5 del Dig.

(4) Ley 3, § 1, Dig., lib. 28, tít 3. «De injusto rumpto.»

suerte no serían hijos del padre, atendido por otra parte a que con los póstumos se hace la ficción de derecho de considerarlos como nacidos y herederos propios (*sui*) y como puestos bajo la potestad del testador, lo que es absurdo aplicarlo a hijos que no fuesen del padre, como serían los engendrados después de la muerte de éste.

Lo que ha inducido a confusión en este punto es una ley del Digesto (1) indudablemente mal interpretada por parte de algunos autores. Dice esta ley: que cuando el marido instituye por heredero al póstumo no sólo parece que instituye al que nace de la que tenía por mujer o al que en aquel tiempo estaba en el útero, sino también al que naciese de cualquiera mujer. Ahora bien, esta ley se refiere a la posibilidad de pasar el padre a otras nupcias, y de hijos engendrados por él, y los comentaristas atribuyen esta disposición tan lata, solamente a las instituciones de heredero y aun por favor para conservar los testamentos y de ninguna manera a los legados, opinando que si el testador legase simplemente *al póstumo* se entiende que legó al póstumo primero o sea al que entonces estaba en el útero materno (2).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, a si la palabra póstumo se extiende a los ajenos, hay que tener en cuenta que sólo por pura adición se habla en derecho de póstumos ajenos, o sean los que no estuviesen bajo la potestad del testador, y en este concepto consideran los nietos con respecto al abuelo viviendo el padre; a cuya otra clase de póstumos sin embargo no puede faltar la otra circunstancia de hallarse engendrado cuando el testador dispone o a su muerte y en este sentido la ley 29, § 2.º del mismo libro y título del Digesto conceptúa aunque no se diga, sólo postumo del abuelo al nieto nacido dentro de los diez meses de la muerte del padre, o sea al nacido de la nuera del abuelo dentro de este término.

Así es que por la misma razón cuando el abuelo testador muere antes que el padre, sólo son nietos póstumos aquellos que entonces estaban engendrados, y esta condición sólo la

---

(1) Ley Placet 4, tít. 11, lib. 28, «De liberos et posthumis.»
(2) CANCER. Variarum Resolutionum. Parte III, cap. XX, n.º 277 y 278.

pueden tener los que vinieren al mundo diez meses después de dicho fallecimiento (1).

Lo cual resuelve la cláusula que, como ejemplo, hemos copiado al principio. Es evidente que ésta se refiere, para los efectos del legado o herencia, únicamente a los nietos nacidos dentro de los diez meses después de fallecido dicho abuelo, y sólo quiso el testador con la cláusula transcrita, que es la más corriente, dejarles un legado, pero no a los demás nietos que nacieran con posterioridad a los diez meses.

Art. 33. El derecho romano sentó la misma regla de este artículo en su primera parte; pero en cuanto a la segunda, estableció que si el padre y el hijo mueren en un accidente, debía admitirse la presunción de que si el hijo era púber, por su mayor resistencia, debió sobrevivir al padre; mas si era niño impúber debió perecer antes que él. (Digesto, leyes 9, 22 y 23 *de reb. dub.*, lib. 34, tít. 5), pero, en todos casos, si se trata de un fideicomiso, con la condición de morir con hijos, se considera cumplida como si el hijo hubiese sobrevivido. (D., ley 17, lib. 36, tít. 1.)

CAPÍTULO II

De las personas jurídicas

Art. 35. Son personas jurídicas:

1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituídas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

---

(1) Está de acuerdo con la ley 6, lib. 28, tit. 16. *De suis et leg. hered.* y la ley 1, § 8, lib. 38, tít. 8, *unde cognati* del Digesto; es curiosa la razón que da Ulpiano en este punto: «Quia non fuit proximus cognatus ei, que vivo nondum animax fuerit.»

Art. 36. Las asociaciones a que se refiere el núm. 2.º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.

Art. 37. La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos; y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.

Art. 38. Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades; y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

Art. 39. Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

Art. 35. Ninguna duda hay que lo establecido aquí en este capítulo de las personas jurídicas resulta incompleto o fragmentario, de modo que el derecho romano-catalán y asimismo el antiguo derecho castellano, sin ser contrarios al Código, le servirán de complemento, como en otros puntos sucede según se indicó al estudiar el artículo 12. Lo cual no es obstáculo para que la Dirección General de Registros haya adelantado la afirmación, no del todo exacta, de que el artículo 35 rige en Cataluña (Resolución 8 Marzo 1900).

Clasifica el artículo 35 las personas jurídicas: por un lado, las personas jurídicas de *interés público*; por otro, las de *interés particular*; comprende en las primeras las corporaciones, asociaciones y fundaciones reconocidas por la ley, y quedan en el segundo grupo las sociedades mercantiles y otras cuyo interés es particular. La ley de Asociaciones de 30 de Julio de 1887 (art. 10) clasifica las personas jurídicas o asociaciones unas para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos

y de recreo o cualquiera otros lícitos, y otras las que tienen por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia.

Universidad (*universitas*) era el nombre con que se designaba a las personas ficticias o morales por los tratadistas catalanes, siguiendo el común decir de la ciencia jurídica europea en los siglos pasados; palabra repetida por los glosadores y adoptada para un estudio notable de un autor de la Saboya, Nicolás Loseo (*De jure universitatum tractatus*, Turín, 1601). Universidad fué llamado el Municipio y universidad la comunidad de vecinos, más especialmente en el derecho político y administrativo de Cataluña.

Era el concepto de la *universitas* una pluralidad de personas físicas o de cosas, reunidas de manera que en su complexo se presentaba como una existencia distinta de ellas, como una unidad personal que hoy se llama persona jurídica (1) o conjunto de hombres, tomados colectivamente en un cuerpo místico; cuyo significado es una abstracción hecha por la inteligencia según decían los glosadores Baldo, Castro, etc. (2).

Porque está en la naturaleza de las cosas, el derecho catalán ha reconocido, como el Código, en las personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y las fundaciones; pero se observa en el derecho medioeval que el tipo en el cual se moldeó la persona jurídica fué el de la corporación, al punto que los hospicios, los hospitales, en derecho romano novísimo llamáronse *collegia* (3); los glosadores Baldo el Hortiense, etc., los designaron con los nombres de *pia corpora* o *collegia miserabilium*; Domat, autor bien conocido del siglo XVII, los calificó de «especie de comunidad». La distinción entre *corporación* y *fundación* vino más tarde, pero en definitiva, añade Schupfer (4), quedaron en la ciencia del derecho dos figuras de personas jurídicas con base dis-

---

(1) WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de Fadda y Bensa. Turín, 1902, vol. I.º, § 57.

(2) LOSÆO, *De jure universitatum*, cap. I.

(3) Distinguíanse en derecho romano entre colegio y sociedad y corporación. Colegio cuando juntos habitaban los individuos, sociedad cuando no vivían juntos, y corporación tenían por nombre general o genérico. D., lib. 37, tít. I, *De bonorum possessionibus*, ley 3, § 4. BARTOLO. *Commentaria in secundam Imfortiati partem*. Lión, 1550, pág. 168.

(4) SCHUPFER. *Il diritto privato dei popoli germanici, con speciale riguardo all'Italia*. Roma, 1913, tomo I, págs. 289 y 290.

tinta, a saber: las *universitates personarum*, formadas de personas o mejor una asociación de personas, y las *Universitates bonorum* compuestas de una reunión de bienes destinados a un fin de interés general.

En otra forma se ha dicho «que la persona ficticia o jurídica se manifiesta por medio de individuos humanos» o bien en otros casos no se representa por individuos humanos, así sucede con la herencia yacente, los establecimientos de beneficencia (1), lo cual equivale a dicha clasificación de *univeritas personarum* y *universitas bonorum*.

No ofrece dificultad el concepto de *universitas personarum*; en cambio, es más complicado el concepto de la *universitas bonorum* (2) porque no entra en el tecnicismo del Código que coloca en un mismo grupo las corporaciones, asociaciones (junta de personas) y las *fundaciones* (junta de bienes para un fin determinado) (3). En los términos del Código, la herencia yacente no sería persona jurídica, como lo es en derecho catalán, por aquello de *hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et de curia et societas* (D., l. 22, lib. 46, tít. I. *De fidejuss*), ni los bienes como conjunto de cosas de un testador, cual lo son también en derecho romano cuando dijo: *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat* (D., l. 208, lib. 50, tít. 16, *De regulis juris*).

No hay que decir que en todas estas entidades la representación es de personas, no bastando la sola reunión de bienes en las *universitas bonorum* ni la sola reunión de personas en las *universitas personarum;* en unas y otras actúan por sus directores, administradores o representantes. Es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 diciembre de 1897, 14 diciembre 1887, 31 mayo y 4 junio de 1898, que una reunión de bienes o rentas para misas no tienen tales fundaciones el

---

(1) Maynz. *Cours de droit romain*, § 21.

(2) Llamaron *rerum universitatum* los romanos a los todos compuestos y coherentes como un edificio, una nave, y a los todos sin coherencia, a los conjuntos de derechos sin bienes, herencia, peculio, dote, etc. Muhlenbruch, *Doctrina pandectarum*, Bruselas, 1838, § 223.

(3) Savigny. *Sistema de derecho romano actual*, trad. Madrid, 1879, tomo II, pág. 82.

carácter de personas jurídicas, pero sí en unión con las personas naturales o jurídicas a quienes incumbe cumplir o hacer cumplir la voluntad del testador.

En ocasiones, un cierto número de individuos constituyen por su reunión la persona jurídica: es la corporación; en otras es un fin más ideal o una reunión de bienes: es la fundación, para el ejercicio de la religión, la cultura o la caridad. Las fundaciones, en tiempo de Justiniano, nos aparecen destinadas únicamente a aliviar la pobreza bajo todas sus formas; luego en la Edad Media tenían con frecuencia por objeto satisfacer necesidades intelectuales de distinto género, y en sus relaciones con la Iglesia han debido por fuerza perder su carácter exclusivo. Además, el mantenimiento y alivio de los pobres se convirtió en uno de los deseos más vivos y más importantes del Estado, y las fundaciones, aun las de pura caridad, están, con relación al Estado y a la Iglesia, en una posición distinta de la que tuvieron en la época de Justiniano. De cuanto precede resulta que hoy día las fundaciones piadosas son del mismo modo que las corporaciones y, como ellas, personas jurídicas también; no obstante no eran corporaciones, y no *se las debe someter a un régimen igual*.

PERSONAS JURÍDICAS REGULADAS EN DERECHO CATALÁN.— LA HERENCIA YACENTE. — EL MAS. — LA CASA. La *herencia yacente* representa o continúa la persona del difunto; conciliando Vinnio cierta contradicción de algunos textos en el sentido de que «la herencia considerada como yacente representa al difunto, y como adida se finge haber representado la del heredero» (1), con lo cual se deslinda aun más la personalidad formada por el conjunto de bienes y derechos; o sea la *universitas bonorum*, porque sin representar persona cierta, ora sea el difunto (como quiere la sentencia de 5 junio de 1861), ora el que ha de heredar, persona incierta, como quiere Savigny, ella subsiste como personalidad que no perece mientras está yacente. Esta persona jurídica actúa, ejercita derechos y tiene obligaciones; por esto es inscribible la escritura otorgada

(1) VINNIO. *Coment. a la Inst.*, trad. castellana, Barcelona, 1846, tomo I, pág. 520.

a nombre de la herencia yacente como si el difunto hubiese otorgado el contrato (Resoluciones de 5 diciembre de 1863, 20 junio 1884, 24 de julio 1884, 9 febrero y 15 diciembre 1887, 7 agosto 1893) (1) y pueden ejercitarse acciones en nombre de ella. La herencia yacente adquiere las accesiones y frutos, continúa la posesión que tuvo el difunto, en suma, la herencia yacente puede adquirir como puede obligarse (2).

Tiene en algunos casos, sobre todo en la práctica antigua del derecho catalán, el concepto de persona moral y jurídica *universitas bonorum*, el *mas* o masía y la *casa catalana*.

El *mas*, que los normandos llamaron *mois*, los sajones *mause* y los burguiñones *meix*, «es una tierra de extensión necesaria para el trabajo anual de dos bueyes con una habitación para residencia continua del colono y su familia», de modo que por *mas* tanto se entiende comúnmente la tierra como la habitación o edificio. En contraposición a *mas* existe la idea y la palabra *casa*. Según el jurisconsulto Despujol, la palabra casa denota en Cataluña habitación de persona notable (*genere militari*) mayormente si es de antiguo hogar paterno o solar conocido, como en otras partes se dice; *casa*, pues, es el recinto de la familia libre ennoblecida, y en el lenguaje corriente las gentes del campo distinguen perfectamente la *casa* Carmany, por ejemplo, del *mas* Carmany: lo uno indica el domicilio de una familia hidalga, lo otro la finca rústica y habitación del colono de este nombre.

Esto escribí hace tiempo en obra de historia (3); ahora debo añadir que algo se parece a la noción de *fundus* de los romanos el *mas*, a diferencia de *predio*. En el fundo se comprendían los pastos y tierras separadas destinadas al uso de él como en el *mas* sucede, pero no se tenían en cuenta ciertos prados y viñas distantes (4), ni sobre todo se consideraba indispensable la unión de una familia a la tierra formando hogar

---

(1) Odriozola. *Dic. de jurisprudencia hipot.* Madrid, 1901, *Herencia yacente*.
(2) Véanse los textos en Maynz. *Cours de droit romain*, párrafo 411.
(3) *Historia del Ampurdán*, pag. 640.
(4) Barbosa. *Variæ tractationes*, Lión, 1631. II *De appellativa verborum utrius que juris significatione*, palabra *fundus*. Sabelli. *Summa diversorum tractatuum*, Venecia, 1697.

propio, que es la característica del *mas;* era una *rerum universitatem* el fundo, y así existían por ejemplo el *fundo dotal*, el *fundo censual*, etc., y no era una *universitas bonorum* o persona jurídica.

Por lo que se refiere a la *casa* persona jurídica aparece con frecuencia en las capitulaciones matrimoniales en Cataluña cuando en la donación se pacta la vida común con obligación de *trabajar a utilidad de la casa*, y entonces sería absurda la acepción de la palabra casa por la de edificio-casa, pretendiendo que la vida común debe hacerse en un edificio determinado y el trabajo para este edificio. En esto de pactar la vida común, considerando la prestación de alimentos, que es obligación personal, se convertiría en real si hubiera que prestarlos en determinada casa y desaparecería la obligación cuando el edificio se arruinara o destruyera. No es la *casa* persona jurídica que equivalga a la de familia, ni tampoco aquí se trata de la confusión que, en términos de sucesión nobiliaria aparece en algunos fideicomisos (1). La persona jurídica mencionada en los capítulos matrimoniales y otros contratos familiares sobre legítima, peculio, etc., es la asociación expresa o tácita de personas y bienes que forman un hogar y un patrimonio, cuyo tipo más primitivo se conserva en el alto Aragón y valles pirenaicos, como en otra parte (pág. 33) se expuso (2).

Art. 37. CAPACIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. Por ser materia muy difícil, en la práctica, esta de las personas jurídicas, con razón se ha dicho (3) que está huérfana de reglas de derecho en el Código, en lo referente a la capacidad civil de las dichas personas, objeto del art. 37; de aquí no pocas dudas y dificultades, porque el Código lo refiere todo a las leyes de su creación en las corporaciones y a los respectivos estatutos

---

(1) FUSARIO. *Tractatus de substitutionibus.* Venecia, 1628, cuestión 351.

(2) En la oposición entre familia en sentido lato de todos los parientes o reducida a los consanguíneos, el derecho romano tiene el siguiente texto:

Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi, pater familias, mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt: recte ejusdem familiæ apellabuntur, *qui ex eadem domo et gente proditi sunt* (D., ley 195, párrafo 2, lib. 50, tít. 16, *De verb. signif.*)

(3) A. COMAS. *La revisión del Código civil español.* Madrid, 1895, tomo II, pág. 83 y siguientes.

por lo que respecta a las asociaciones; como si sobre ellos y antes que ellos no dominasen, en primer lugar los conceptos generales en derecho positivo sobre su personalidad con respecto a terceros, y su capacidad civil en segundo término, limitada y condicionada esta personalidad según la diversa naturaleza de cada una de ellas, pues no de igual modo usan del derecho civil, por ejemplo, los Ayuntamientos, que son corporaciones jurídico-administrativas, organismos del Estado, y las fundaciones de beneficencia, y las fundaciones pías, y las sociedades de recreo; es decir, esto aparte de cuanto el derecho administrativo dispone en la ley municipal respecto a los primeros, la legislación de beneficencia en los segundos y en las últimas la ley de Asociaciones.

¿Cuáles son estos conceptos de derecho civil que regulan la capacidad civil de las corporaciones, asociaciones y fundaciones antes que la ley especial que las reconoció, antes que los estatutos que ellas se dieron y las reglas de su institución en las fundaciones y de las cuales no trata el Código?

Amplia materia que en sus principios fundamentales se reduce a lo siguiente:

La corporación, la comunidad, la fundación, la herencia, representan una persona (*persona vice fungitur*, D., ley 22, libro 46, tít. I, *De fidejus*) que es distinta de la de cada uno de los individuos que la componen, de modo que si algo se debe a una corporación o universidad no se debe a cada uno de sus individuos de ella, ni éstos vienen obligados singularmente por lo que la corporación debe (D., lib. 3, tít. 4, *Quod cujuscunque universitatis nomen*, ley 7, § 1) (1).

Derívase del anterior principio, a manera de consecuencia práctica, que la persona jurídica no puede actuar sino por medio de sus legítimos representantes y no obran por ella los individuos que la componen, por lo mismo que la corporación es cosa distinta y persona aparte. Esto es de aplicación, por ejemplo, en la posesión, en las servidumbres de paso, de caminos, etc., como se explicará más adelante, a favor de las personas o veci-

(1) Losæo, *De jure universitatum*, cap. I, n.º 56 y 7. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, tomo II, § 86 y 90. Cancer. *Var. Res.*, p. 3, cap. 4, n.º 104.

nos de un municipio. Así se dice que el municipio no tiene el ánimo que se requiere para poseer, a más del acto físico de ocupar, sino cuando congregado legítimamente y con deliberado consejo hace algo; de otra suerte, aunque algunos o todos los vecinos de un pueblo hiciesen algo no se sigue que el municipio hizo, sino los particulares, y por los actos de los particulares el municipio no puede pedir derecho alguno ni posesión (D., lib. 41, tít. II, *De adquirenda possessione*, ley 1, § 22) (1).

La razón la da en su párrafo 22 esta ley romana de que por sí nada poseen los vecinos (*municipes*), porque no pueden consentir a la vez en el acto posesorio, es decir, tener el ánimo. El foro y la basílica, aunque son cosas del municipio, los vecinos singularmente no los poseen *sino que las usan promiscuamente* (2).

Actuando, pues, la persona jurídica, por sus representantes, conviene saber que tal representación o la confiere la ley, o el acuerdo hallándose presentes dos terceras partes de sus individuos (D., ley 3, lib. 3, tít. 4), *cum due partes adessent aut amplius quam duæ*; de manera que en las deliberaciones de la comunidad dos terceras partes son la representación, y la mayoría estas dos terceras partes, la ley (D.. lib. 50, tít. I, *ad municip.*, ley 19 y liz. 50, tít. 18, *de reg. juris*, ley 160). En la elección no es inconveniente que el padre vote al hijo o viceversa (ley 5 y 6, lib. 4, tít. 3).

En los casos de ausencia o impedimento de los representantes de una comunidad o persona jurídica, o cuando los bienes de ésta se hallasen abandonados, los tribunales de oficio dispondrán lo procedente acerca los bienes y derechos de la comunidad (D., lib. 3, tít. 4, ley 1, § 2).

El representante de una persona jurídica es amovible o

---

(1) CANCER. *Var. Res.* p. 3.°, cap. 4, n.° 103.

(2) El Código alemán y el Código suizo han establecido este mismo principio como esencial en el funcionamiento de las entidades o persona jurídicas.

Una observación en este punto de Savigny dice: «Las últimas palabras no significan una dificultad grande para conseguir el consentimiento de todos los habitantes, porque no existe; mas aun cuando todos expresaran su voluntad unánime, no se habría por esto obtenido el consentimiento de la corporación considerada como unidad ideal (*universi*) y faltaría siempre una condición indispensable, el *animus possidendi* en la persona del verdadero poseedor.» (*Sistema del derecho romano actual*, § 91, nota *t*.

cambiable, y pueden revocarse los poderes como los de un procurador cualquiera (ley 6, § 3 del mismo libro y título). No hay inconveniente en que una corporación la represente un extraño a ella (ley 1.ª, § 3 del mismo libro y título) y aun un hijo de familia (ley 6, párrafo último).

Por fin cabe recordar una Constitución catalana (lib. 9, tít. 21, c. 9) inspirada en el mismo espíritu del derecho romano: la Corporación no podía constituirse sino por concesión expresa del poder público, ni tratar otros asuntos que los señalados en sus privilegios o licencias.

Art. 38. ADQUISICION DE BIENES POR LAS PERSONAS JURIDICAS. PROPIEDAD COMUNAL.—La adquisición de bienes según derecho romano tratándose de personas jurídicas era propio sólo de las legalmente constituídas, es decir, por medio de privilegio, y el acto de adquisición debían llevarlo a cabo sus representantes con poder especial concepto que hoy se ha desvanecido por las leyes de general aplicación como la de Asociaciones de 30 de junio de 1887 (interpretación extensiva del art. 18). Ha declarado la jurisprudencia la facultad de adquirir que tienen los hospitales y fundaciones benéficas (Sentencia de 3 de febrero de 1899, Resolución de la Dirección de Registros de 13 de octubre de 1900). La capacidad civil de las comunidades religiosas se rige por las leyes canónicas, o sea la extravagante Ambitiosa de Paulo II y el decreto de Urbano VIII de 1624, que prohiben toda enajenación sin causa de utilidad y licencia del Romano Pontífice (Resolución de la Dirección de Registros de 20 de agosto de 1894.

«Para las personas jurídicas, lo mismo que para otro cualquiera propietario, los inmuebles forman la mayor parte de sus bienes, mas aquí tiene lugar una distinción importante: una corporación puede arrendar sus inmuebles o administrarlos por cuenta propia; abandonar el goce de los mismos a sus miembros; y, por último, este doble carácter puede darse reunido, cuando los miembros, como precio de su goce, pagan a la corporación un canon de ordinario muy módico.» Así plantea Savigny el arduo problema de la propiedad comunal, citando luego casos de lo que en su tierra de Alemania se practicaba.

La distinción en bienes de propios y bienes comunales que usan las leyes desamortizadoras españolas, copia del derecho francés, descansa, como es sabido, en cuanto a los municipios en la diferente manera de aprovechamiento que de la propiedad efectúa la persona jurídica. Cuando el municipio arrienda, dispone como persona jurídica y otro tanto cuando vende, cuando permuta, se entiende mediante las correspondientes autorizaciones, dentro del orden administrativo, y la ley ha considerado bienes de propios los que así se aprovechan o explotan.

En los bienes comunales, en el concepto puramente civil, el uso y disfrute de la propiedad por una comunidad de vecinos de un municipio en las cosas que pueden ser objeto de apropiación, como sean pastos, bosques, roturaciones y aun objetos muebles, como arreos de pesca, se halla sujeto a la reglamentación por los representantes de la comunidad o del Estado, y en aquellas cosas no apropiables como las plazas, las calles, el foro, la basílica, empleando la forma romana, usan los *vecinos promiscuamente* según la ley más arriba citada (ley 1, § 22, lib. 41, tít. II, *de adquirenda possessione*) *promiscue his utuntur*, es decir, mezclada, confusa, indistintamente, sin organización impuesta.

El dominio en todos casos corresponde a la persona jurídica como entidad aparte de la de sus miembros, los cuales se hallan por este motivo impedidos para ejercitar las acciones reivintivas de la propiedad o dominio de la cosa común (1).

---

(1) Interesa conocer, por haber explanado estos principios, la Sentencia 14 Diciembre 1908.

Adquiridos de la Corona, a título oneroso, por el Consejo de Villar del Buey, unos terrenos, son bienes patrimoniales, comunales de aprovechamiento común, pertenecen al Municipio, ningún vecino puede ejercitar la acción reivindicatoria, y sí solamente el Municipio; y el Ayuntamiento en su representación personificado en el síndico, es quien debe de reclamar judicialmente. Se dice en los considerandos.

1.º «Que los demandantes hoy recurrentes, para fundamentar su acción no han presentado título alguno en que funden su derecho como dueños de los terrenos que pretenden reivindicar, ya como de su exclusiva propiedad, *ya como condueños con otros partícipes*, sino que la establecen *en concepto de vecinos* del pueblo de Villar del Buey, alegando que los terrenos que reclaman proceden de los que fueron vendidos o cedidos a título oneroso por el Real Patrimonio al referido pueblo en escritura de 17 de Diciembre 1740.

Cdo. que dados los términos de la referida escritura y la manera como se han venido administrando y utilizando los terrenos a que se refiere la demanda, no

A las universidades o personas jurídicas, es cosa aceptada que en prescripciones, sentencias y contratos les compete el beneficio extraordinario de la restitución *in integrum*:; está admitido que se equiparan al pupilo o menor, porque en realidad, como los pupilos y menores se hallan bajo el régimen y administración tutelar de sus administradores (Código, ley 3, lib. 11, tít. 29, *De jure reipublicæ*).

Como fundamento de esa restitución y con motivo de la discusión surgida entre los glosadores acerca de si iban comprendidos en este beneficio toda suerte de ciudades, castillos, lugares, corporaciones o sólo las mayores, añade Baldo la idea que en tanto es además de justicia la restitución en cuanto en esas poblaciones, existen muchos formando parte de la universidad que no pueden en realidad consentir, así son los niños, las personas miserables que en favor de la misma población de que forman parte tienen el beneficio de la restitución por ser del mismo cuerpo de la universidad (1).

Se pregunta si el síndico de una universidad pedirá la restitución *in integrum* por la universidad, sin mandato especial

---

puede menos de estimarse que en su caso, serían *comunales o de aprovechamiento común del pueblo de Villar del Buey, pues el disfrute de aquéllos ha sido* por el Ayuntamiento de dicha población y *su transmisión no se ha verificado a los vecinos de una manera individual, en términos que cada uno de ellos se convierta en propietario, ya de porción determinada, ya en común con otras personas*, observándose por el contrario, que los bienes adquiridos de la Corona pasaron como concejiles al pueblo mencionado, que *como entidad o persona jurídica* los ha venido poseyendo y administrando, formando parte de su patrimonio.

2.º Cdo. que teniendo el carácter de patrimoniales del pueblo de Villar del Buey los bienes que adquirió por la escritura de 17 de Diciembre de 1740, y no perteneciendo por ello a los recurrentes ni a ninguno de los vecinos de dicha población individualmente o *como partícipes de una comunidad de carácter civil*, es indudable que la ley por la que se han de regir es la especial que regula el funcionamiento de las Corporaciones municipales, o sea la de Ayuntamientos, conforme a lo que claramente se establece en los arts. 344, par. 2.º, y 37 del Código civil, no siendo de aplicar los preceptos de éste mas que como supletorios.

Cdo. que esto sentado y siendo indiscutible, según preceptúa la ley Municipal en su art. 1.º, pár. 2.º, que la representación legal del Municipio corresponde a los Ayuntamientos, que la personalidad de éstos en juicio sólo la pueden ostentar los procuradores síndicos, conforme a su art. 56, y que para entablar pleitos se ha de cumplir, según los casos, con lo prevenido en el art. 86 de la misma ley, es manifiesto que los recurrentes *carecen de acción y derecho* para promover el pleito del que este recurso emana, y que al estimarlo de este modo y absolver de la demanda al demandado, la Sala sentenciadora no infringió los arts. de la referida ley y del Código civil que se invocan en el primer motivo del recurso, sin que contradiga dicha apreciación la jurisprudencia, porque la Sentencia que se cita de 29 de Diciembre 1885 se refiere a caso distinto del actual y las demás que se alegan ninguna relación tienen con el mismo.»

(1) Los.eo. *De jure universitatum*, p. 3, cap. 18.

o si lo necesita, y se resuelve negativamente, fundado en el concepto de que la palabra síndico indica desde luego un municipio y es cargo público, y en esta clase de cargos no se requiere mandato sino que se obra por propia jurisdicción; otra cosa sería en el caso de la representación de un gremio, en el cual el síndico no ejerce oficio público y por tanto necesita especial poder o mandato (1).

Art. 39. La forma y manera de vivir las personas jurídicas que en el curso de los tiempos sus individuos se renuevan, mueren, y desaparecen sin que la universidad perezca, plantea la cuestión de si la existencia de un solo individuo basta para la subsistencia de la persona jurídica, y el derecho romano resuelve afirmativamente (2). En tales casos, la persona jurídica, dice Savigny continúa subsistiendo, conserva su nombre, y los bienes de la corporación no se convierten en privados para el único miembro que queda (3).

Propiamente, la universidad en este caso no existe; porque por lo menos han de ser tres individuos para formar universisidad aunque el derecho y nombre de la persona jurídica continúen. En esta distinción sutil se entretienen discutiendo los comentaristas (4).

---

(1) Lossæo. *De jure universitatum*, p. 3, cap. 18. al final.
(2) D. leyes 7, 3, lib. 3 tit 4, *quod cujuscunque univ.*
(3) Savigny. *Sistema de derecho romano, actual*, Madrid, 1879, tomo, II § 89 nota 6.
(4) Lossæo, ob. cit., cap. I, p. I. D., ley 85, lib. 50, tit. 16, De verb. sig.

TÍTULO III

Del domicilio

Art. 40. Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la ley de Enjuiciamiento civil.

El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español.

Art. 41. Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de la fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto.

Art. 40. El domicilio que define el Código en el primer párrafo es propiamente el voluntario (1), en los demás el necesario. El lugar donde cada uno establece su casa (*constituit larem*), del cual no se aleja sino para viajar (*peregrinari*) y allí estableció sus negocios (*sedes et tabulas*) según el concepto romano del domicilio (2) es el domicilio voluntario.

Distínguese entre *domicilio y origen*, siendo éste cosa necesaria, según dice Voet, y depende de la naturaleza y del nacimiento; en cambio el domicilio puede mudarse a voluntad y aun tenerse dos domicilios: cuando en ambos asentó de tal manera sus cosas el padre de familias que no cabe asegurar que las tenga más en un sitio que en otro; de manera que en ambos pueda ser compelido al cumplimiento de sus obligaciones. En caso de duda se estará al domicilio de origen (3).

---

(1) Ley municipal, art. 12, párrafo 2.º

(2) Ley 7 Cod. *De incolis*, lib. 10, tít. 39 y ley 2, *ubi senat, vel clariss.* lib. 3, tít. 24. Digesto, ley 203. *De verborum significatione*, lib. 50, tít. 16.

(3) VOET. *Comento alle Pandette*, lib. V, tít. I, traducción italiana. Venecia, 1837. Digesto, leyes 5 y 6, § 2 y 3 y ley 27, § 2, lib. 50, tít. 1. *Ad municip.*

En algunos casos hay lo que en nuestras leyes municipales se llama *residencia* en oposición al verdadero domicilio, como se encuentra en varias disposiciones de derecho romano; como la residencia de los estudiantes en el lugar de sus estudios en el cual se les considera como forasteros (*peregrini*) (1).

Añádese que quien está algún tiempo en el campo sólo por objeto de trabajos agrícolas y ordinariamente vive en la ciudad haciendo en ella sus contratos y gozando de los espectáculos ciudadanos se reputa domiciliado en la ciudad (2), pero no basta haber comprado y poseer una casa; porque además el derecho romano considera que para trasladar el domicilio se requiere no sólo declaración de quererlo cambiar (*non nuda contestatione*) sino que ha de ser mediando la cosa y el hecho (3).

En orden a los domicilios necesarios, es inutil recordar el de la mujer siguiendo la condición y domicilio del marido (4), el hijo la del padre, el de los menores o incapacitados el de sus tutores (5).

La viuda conserva el del marido (6); el hijo que no tiene padre legítimo, el de la madre (7); finalmente para la ciudadanía alcanzada por la vecindad de dos o de diez años ya se explicó en el comentario al artículo 15 del Código; y en ello como en este punto del domicilio aclararon sólo pormenores las sentencias del Tribunal Supremo 4 de Febrero de 1896, 1 de Julio de 1897, 17 de Noviembre de 1898, 16 de Octubre de 1900, 17 de Abril de 1905, 27 de Agosto y 20 de Noviembre de 1906 y 30 de Abril de 1909 y muy especialmente debe notarse la sentencia de 29 de marzo de 1892 sobre la vecindad barcelonesa. (véase la nota de la pág. 181.)

---

(1) Código auténtica *habita*, lib. 4, tít. 13, *ne filius pro patre*.
(2) Digesto, ley 27 § 1, lib. 50, tít. 1. *Ad municipalem*.
(3) D., dicho lib. y tít., ley 17, § 13 y ley 20. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1892 referente al cambio de estatuto, que por analogía puede aplicarse.
(4) Digesto, lib. 25, tít. 3, ley 1, § 2 § *de agnos. et alendis liberis*.
(5) Digesto, lib. 27, tít. 2, *ubi pup.*, ley 1 y 5.°
(6) Ley 22, § 1, *ad municip*, dicho libro y tít. del Digesto.
(7) Ley 9, *ad municip*.

TÍTULO IV

Del matrimonio

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

SECCIÓN PRIMERA

De las formas del matrimonio

Art. 42. La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesan la Religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.

SECCIÓN SEGUNDA

Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio

Art. 43. Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Art. 44. Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido.

La acción para pedir el resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

Art. 45. Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley.

2.º A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

3.º Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo; salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública.

Art. 46. La licencia de que habla el núm. 1.º del artículo anterior, debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre; faltando éste, o hallándose impedido, corresponde otorgarla, por su orden, a la madre, a los abuelos paterno y materno, y, en defecto de todos, al consejo de familia.

Si se tratare de hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión Real, el consentimiento deberá ser pedido a los que los reconocieron y legitimaron, a sus ascendientes y al consejo de familia, por el orden establecido en el párrafo anterior.

Si se tratare de hijos adoptivos, se pedirá el consentimiento al padre adoptante, y, en su defecto, a las personas de la familia natural a quienes corresponda.

Los demás hijos ilegítimos obtendrán el consentimiento de su madre cuando fuere legalmente conocida; el de los abuelos maternos en el mismo caso, y, a falta de unos y otros, el del consejo de familia.

A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas.

Art. 47. Los hijos mayores de edad están obligados a pedir consejo al padre y en su defecto a la madre. Si no lo obtuvieren, o fuere desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición.

Art. 48. La licencia y el consejo favorable a la celebración del matrimonio deberán acreditarse, al solicitar éste, por medio de documento que haya autorizado un Notario civil o eclesiástico, o el Juez municipal del domicilio del solicitante. Del propio modo se acreditará el transcurso del tiempo a que alude el artículo anterior, cuando inútilmente se hubiere pedido el consejo.

Art. 49. Ninguno de los llamados a prestar su consentimiento o consejo está obligado a manifestar las razones en que se funda para concederlo o negarlo, ni contra su disenso se da recurso alguno.

Art. 50. Si, a pesar de la prohibición del art. 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal, quedarán sometidos a las siguientes reglas:

1.ª Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

2.ª Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento.

Lo dispuesto en las dos reglas anteriores no se aplicará en los casos del núm. 2.º del art. 45, si se hubiere obtenido dispensa.

3.ª Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entretanto sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

4.ª En los casos del núm. 3.º del art. 45, el tutor perderá además la administración de los bienes de la pupila durante la menor edad de ésta.

Art. 51. No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente.

Art. 52. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

SECCIÓN TERCERA

De la prueba del matrimonio

Art. 53. Los matrimonios celebrados antes de regir este Código se probarán por los medios establecidos en las leyes anteriores.

Los contraídos después se probarán sólo por certificación del acta del Registro civil, a no ser que los libros de éste no hayan existido o hubiesen desaparecido, o se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos será admisible toda especie de prueba.

Art. 54. En los casos a que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior, la posesión constante de estado de los padres, unida a las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, será uno de los medios de prueba del matrimonio de aquéllos, a no constar que alguno de los dos estaba ligado por otro matrimonio anterior.

Art. 55. El casamiento contraído en país extranjero, donde estos actos no estuviesen sujetos a un registro regular o auténtico, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

De la familia catalana en general. Su comparación con la castellana. La familia según el Código civil.

Al exponer el Código cuanto se refiere al matrimonio no ha definido ni explicado, como era natural que lo hiciese, la institución fundamental del derecho civil, *la familia*. Con sobrada razón se ha dicho a este propósito lo siguiente:

«Imposible parece que tratándose de una institución tan importante, base de todo el edificio social, no haya comprendido el legislador la necesidad de conferirle verdadero valor jurídico, trazando por medio de la ley los límites necesarios a su naturaleza y a sus funciones en todo lo que a ella corresponde dentro de la esfera del Derecho, ya que precisamente todo el valor de las disposiciones comprendidas en varios de los artículos del Código lo hace depender del concepto jurídico de esta importante institución.

»Así sucede, por ejemplo, entre nosotros, en los que hacen mención de la familia natural (177, 201 y 204), del apellido de la familia (175), de la posición social de la familia (142) del Consejo de familia (en muchos artículos), de la familia del padre (135), del cabeza de familia (907, 1910), del padre de familia (264, 283), de los hijos de familia (321), de los derechos y deberes de familia (9.º, 15), del sostenimiento de la familia (1408), de los gastos usuales de la familia (1362), etc. Con ser tantos los artículos y tan variadas las expresiones de referencia al concepto familiar, la verdad es que no hay posibilidad de saber en qué consiste para el Código la institución de la familia, ni de determinar por modo alguno cuál puede ser el fundamento en que haya de descansar el efecto legal de las disposiciones mencionadas.

»¿Es, por ventura, el matrimonio el fundamento de la familia, según el Código? ¿Lo es la patria potestad? ¿Ha de fundarse en el parentesco, o en la generación? ¿Es bastante que exista un mero vínculo civil?

»Ni califica el Código expresamente a ninguno de estos elementos como fundamento de la familia, ni es posible que en consideración a las disposiciones que a ella se refieren, y al enlace o coordinación que se establezca entre las mismas, pueda deducirse cuál sea el criterio de que ha partido el legislador respecto al concepto jurídico de la familia (1).»

Juzgo, por tales razones, y por ser el matrimonio la base de la familia legítima, es este el lugar oportuno en el curso

---

(1) A. Comas. *La revisión del Código civil español*, Madrid, 1895. Parte general, pág. 111.

de la comparación del Código y el derecho civil de Cataluña, objeto de esta obra, de explicar el concepto general de la familia catalana y la comparación necesaria con la castellana, y la organizada por el Código civil, para mayor dominio de los derechos múltiples que con la familia se relacionan.

Desconocían nuestros antiguos jurisconsultos el carácter histórico de la familia catalana, lo que fué causa de no pocos errores que viciaron la jurisprudencia; ignorancia excusable en ellos, mas no en los modernos que poseen tantos elementos para su estudio y los han desdeñado. El afán con que Fontanella compara y parangona lo que aquí estudió en el derecho familiar con lo que ocurría en otros países y en los pueblos clásicos griegos y romanos, tal como en su tiempo se conocía, contrasta con lo que los autores contemporáneos o del siglo XIX han escrito. Bien es verdad que, aparte algunas muy honrosas excepciones, nuestro derecho se ha explicado y estudiado como una especie de terapéutica abreviada por medio de manuales, como de recetas jurídicas al uso diario de llevar pleitos, sin darle los honores a nuestra legislación de legislación completa y armónica a la altura de las más notables de Europa.

El carácter histórico de una institución jurídica como la familia, se revela acercándola al contraste o comparación de otra u otras, mucho más que con una explicación directa de ella.

Ensayemos este método, aquí necesario para el estudio de de comparación con el Código.

Por convivir dentro de un mismo Estado nacional y por haber además servido de base, al Código civil la familia castellana es la más indicada para comparación a este propósito.

Así como empiezan las cosas por señalarse y caracterizarse por sus nombres, también los nombres familiares desde luego de castellanos y catalanes indican una organización distinta. Unos cuantos apellidos suman la mayor parte de los nombres de familia castellanos: Fernández, Rodríguez, López, Martínez, Sánchez, Alvarez; la terminación *ez*, derivada del genitivo del nombre patronímico (1) acabó por ser señal de procedencia o

(1) GODOY ALCÁNTARA. *Ensayo histórico etimológico filológico de los apellidos castellanos*. Madrid, 1871, pág. 13.

pertenencia y en este concepto indicativa de familia gentilidad así Fernandez de Fernando, López de Lupo, Martínez de Martín, etc., de otra suerte no se explicaría su abrumadora abundancia; y si a esto se añade la propensión, muy extendida en Castilla, de anunciarse un individuo más con el nombre materno que con el paterno, no será forzada la deducción de que revelan un estado familiar completamente distinto del de Cataluña, donde los nombres son en número y variedad prodigiosa. y aunque naturalmente algunos apellidos sean muy frecuentes todavía en éstos no se halla rastro de gentilidad o tribu, antes están tomados de artes, oficios, localidades, la naturaleza o cualidades o defectos físicos del hombre. Proceden los apellidos castellanos de un estado en el cual la familia está en comunidad de mayor asociación de individuos de un pueblo que vive en juntas o poblados grandes, no esparramada, ni individualista, ni morando en los campos en masos o alquerías distintos como en Cataluña; de aquí que la vida rural es diferente en ambos países, y la vida familiar en Castilla ha de ser poca y la social mucha, al contrario de los pueblos catalanes, intensa su vida de familia y desgraciadamente la social (como se revela en sus costumbres y hechos políticos) muy floja o escasa, imperando el individualismo, algo de lo que se cuenta del hogar inglés y antes sucedía en la familia romana.

Prototipo moderno de la familia céltica son los irlandeses modernos y parte de escoceses del reino unido de la Gran Bretaña; allí la nomenclatura familiar (O'Donnell, O'Connell, etc., o Mad, Mach), como en Castilla la terminación *ez*, aparece como indicativa de clan o gentilidad.

La raza céltico-ibérica pobló las estepas centrales de España, Asturias, Galicia, el Occidente de Francia, conoció el gobierno de la ginecocracia o potestad de las mujeres o madres de familia (resto el apellido preponderante de la mujer); estos pueblos no daban importancia a la masculinidad ni a la primogenitura, desconocida por completo de los celtas y bretones (1) y así tendían a la igualdad de los hijos en las suce-

(1) LAFERRIERE. *Histoire du droit français au moyen âge*, I-III, 5. III Los mayorazgos castellanos nacidos con la reconquista, mudada en la sucesión del trono

siones y conocían el retracto gentilicio propio de pueblos en los cuales la familia era la comunidad, la gentilidad; esa misma es la tendencia de los antiguos anglo-sajones a la división por igual de los hijos en la herencia, y no habiéndolos sucedía el cónyuge sobreviviente (1). Finalmente puede citarse el dato de la mayor edad como característica del derecho de estos pueblos fijada en los veinte años (2), rasgos todos ellos que se asemejan a los del derecho castellano tradicional, todavía subsistentes dentro del Código civil español.

Y todo esto no encaja, relaciona, ni parece con la fisonomía propia del derecho civil catalán. Aquí la importancia se concede toda al apellido patronímico aquí es tenida en cuenta poco menos que como un privilegio *la masculinidad*: la masculinidad ateniense y romana, a tal punto que se había aún creído conveniente que las herencias se vinculasen en sólo los varones según la Instituta, lib. 3 tít. 2, § 3 (*hereditates ad masculos confluerent*). Esto se reforzó todavía con las costumbres feudales, por la necesidad de conservar el feudo con las armas y el orgullo de los nombres familiares que exigió la sucesión preferente de los varones en competencia con la mujer más próxima pariente (3).

El ejemplo de los magnates feudales siguieron las demás clases de Cataluña de modo que aquí no existe heredamiento fideicomiso, ni aun otro orden de sucesión contractual o testamentaria que no se ponga por delante la preferencia de los varones a las hembras y el orden de primogenitura que el Tribunal Supremo reconoció (Sent. de 13 noviembre de 1876) como costumbre catalana para conservar los bienes en la familia. No son inclinados los catalanes a partir por igualdad la

---

la forma electiva de los godos, fueron peculiares de la clase de los magnates que imitaron el orden de los monarcas, o impuestos por la necesidad de asegurar las villas y castillos conquistadas en manos de una nobleza militar en continuo batallar con los moros. El pueblo siguió en su sistema de familia o gentilidad.

(1) DAVOUD-OGHLOU. *Histoire de la législation des anciens germains*, tomo II, pág. 428.

(2) En Cataluña, a los nobles (*milites*) se les concedía la mayor edad a los 20 años, por aplicación sin duda de la legislación goda que siguió en la clase de magnates.

(3) PEREGRINO. *De fideicomissis*. Venecia 1595, art. 27 n.º 5. TONDUCTO SANLEGER. *Questiones et resolutiones civiles*. Lión, 1649, cáp. 24, n.º 6.

herencia, sino a concentrarla en un hijo, mientras que en Castilla las posesiones de la clase rural se dividen y subdividen a cada sucesión y un sistema complicado de liquidación de mejoras gananciales y legítimas acaba de destrozar el patrimonio. Aquí, si se esceptúa el valle de Arán, no se conoce el retracto gentilicio (1), el cónyuge no entra en la sucesión intestada sino remotamente y la mayor edad se sostiene a los 25 años, y no a los 20, con otras discrepancias que omito para no alargar el discurso y no repetir lo explicado minuciosamente al tratar de los elementos constitutivos del derecho catalán (págs. 36 y 47).

Tomó este carácter el derecho de familia catalán de la influencia griega y romana en el Mediterráneo, y sobre todo del derecho de los francos al desarrollarse el feudalismo. La masculinidad como condición preferente entre romanos, resulta en las costumbres jurídicas de los francos y sobre todo de las leyes feudales; todo el sistema dotal, el pacto de sobrevivencia de nuestros capítulos matrimoniales que figura en el derecho de las *coutumes* en Francia, la mayor edad a los 25 años y la emancipación del hijo por el matrimonio, es romano y franco. Por todo ello, como he escrito en otra parte de esta obra y aquí repito gustoso, el encarecimiento de estudiar muchas de nuestras instituciones familiares en los autores franceses anteriores a la obra destructora del Código de Napoleón. Las costumbres de Reims, Clermont, Montpellier y Tolosa parecen en muchos puntos fragmentos de nuestras Constituciones y Usajes; no puede decirse lo mismo, sino todo lo contrario, de los fueros y compilaciones legales de Castilla.

El derecho de primogenitura, esencialmente vasco y pirenaico, absoluto a favor del mayor de los hijos así varón como hembra, la sujeción de los segundones (*fadrins* en catalán o *cabalers*) a tal punto en el país vasco francés que aun se llaman a veces esclavos; el empeño en conservar los bienes familiares en la casa, la distinción entre bienes heredados o adquiridos tan sólidamente adherida al cerebro de nuestros rurales en

(1) El *paterna paternis* y *materna maternis* de la sucesión de los impúberes dictada por las Cortes catalanas reunidas en Monzón en 1363, no obedece al principio del retracto gentilicio, como se ha supuesto: es una sucesión en el caso especialísimo del intestado fundada en un principio de equidad.

Cataluña, donde en punto a sucesiones se preguntan en seguida si el difunto (*se'ls havía guanyat o bé heretat*), todo esto es de influencia originariamente pirenaica y vasca (1).

Por el matrimonio del hijo, heredado, el poder familiar recae en sus manos, y cosa singular, el antiguo jefe, *cap de casa*, el padre, pasa a usufructuario, pero no cesa su autoridad. (2). Esta autoridad no puede usarla sino para el mayor bien de la familia; mientras fué soltero y no tuvo hijos se encontró ligado por la condición de tener que restituir el patrimonio caso de morir sin ellos; la libertad completa de enajenar quedó enfrenada por la costumbre del fideicomiso; disfrutó de todo lo de la casa, pero la costumbre ha hecho que en realidad no sea más que un gerente del dueño verdadero que es la institución familia, a la que cada generación representa un jefe distinto (3).

Predomina en la familia catalana, por causa de estos orígenes étnicos, la libertad del padre y la autoridad que es su ejercicio, en el testar, en el contratar, no la igualdad y comunidad; el individualismo en sus miembros, cada uno con sus bienes propios dentro de la armonía común de un trabajo «a utilidad de la casa», frase tan usada en los capítulos y testamentos catalanes, y dentro de un orden sucesivo previsor y estable que contiene las demasías que la libertad de testar acarrearía, y esto por medio de los heredamientos o sucesión asegurada en vida en forma de un contrato entre vivos, donación universal de los bienes familiares a favor y con preferencia siempre de los varones a las hembras al casarse los hijos, enlazándose de este modo las generaciones entre sí y la transmisión de los bienes.

A pesar de no conocer la familia catalana la sociedad conyugal de gananciales, (4) marido y mujer viven en un pie de

---

(1) COURDIER. *De l'organisation de la famille chez les basques.* (*Revue de droit français et étranger*, tomo 14).

(2) COURIER. *De l'organisation de la famille chez les basques.* (*Revue historique de droit français et étranger*, tomo 14), costumbres de Soule, de Labourt y Baja Navarra.

(3) *Memoria en defensa de los intereses morales y materiales de Cataluña*, entregada al Rey en 1885, pág. 158.

(4) La sociedad de compras y mejoras del campo de Tarragona «es más bien una compañía de parientes cercanos... que no la sociedad conyugal», MORET-SILVELA, *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, pág. 25, bien que otra cosa haya dicho el Tribunal Supremo.

igualdad y más si se constituyó el matrimonio con derechos bien definidos, y de quererlos bien definidos es prueba la costumbre de que a los casamientos con algún haber preceden capítulos matrimoniales: predomina en ellos el sistema dotal y de las donaciones esponsalicias. El dote, los esponsalicios, son áncora de salvación para la mujer y los hijos el día de la ruina económica del marido, librados de los acreedores; que en un país esencialmente industrial y comerciante no es ésta pequeña ventaja: en cambio con el sistema ganancial serían arrastrados mujer e hijos a la ruina. Por lo demás, goza de libertad absoluta la mujer en cuanto a sus bienes propios, y no está sujeta como en algunas provincias de España, o recluida en la casa, o llevando sola el peso de las faenas agrícolas. (Véase además pág. 155 de esta obra.)

La familia, según el modelo del Código civil, es la familia castellana, más algunas importantes y favorables modificaciones en punto a la mayor libertad de testar del padre y en beneficiar al cónyuge viudo con una legítima en usufructo; en admitir un sistema dotal romanizado, cuando se pacta, porque de otra suerte imperará la sociedad de gananciales (art. 1392) pero con sujeción completa de la mujer, pues administra y vende bienes de la sociedad el marido (art. 1412 y 1413); en cambio le está prohibido a la mujer hacerlo (art. 59 y 1416). Continúa el complicado sistema godo de las mejoras (art. 823) que no figura en ninguna legislación foral de España y que en su tiempo rechazaron los mismos fueros de Castilla No reconoce, sino en algún caso, la antigua troncalidad ibérica (art. 811) y ha dado entrada a ciertos derechos extranjeros sobre la sucesión y la legítima de los hijos naturales (art. 840).

Esto es lo más culminante del tipo de familia que traza el Código.

Arts. 45, 46, y 50. Cuanto se refiere a la prohibición de contraer matrimonio, queda hoy profundamente alterado o mejor dicho derogado el derecho catalán, por el Código civil (arts. 45 y 50), como antes en la ley 20 de Junio de 1862, tít. 15 y Código penal art. 489, queda en fin menguado el rigor de las pragmáticas de Jaime I, muy propias de una nación como la catalana, tan amiga de la autoridad familiar, porque era muy fuerte ofensa a ésta la del hijo menor que casaba sin consentimiento, y ya mayor de edad sin consejo de sus padres.

Una pragmática dada por Jaime I a los ciudadanos de Barcelona (Const. 2 y 3 *De sposalles*, tít. I, lib. V), y que figura en el segundo volumen de las Constituciones, incluye en semejante prohibición y pena de legítima a los hijos varones menores de 25 años que tal hicieren de casarse sin el consenso paterno.

El paliativo de que no se aplicaba la Constitución cuando el casamiento de la hija es con varón digno parece no prosperó, porque la ley no distingue (1).

Según las Constituciones, Const. 2 y 3, tít. *De sposalles y matrimoni*, el casamiento de la mujer menor de edad sin preceder consentimiento de sus padres, o el rapto o matrimonio secreto, llevaba consigo la desheredación «de tots bens a ella pertanyents en la heretat, o bens de son pare o mare, o de quiscun de ells *per rahó de llegítima*, o en altre qualsevol manera sía ipso facto privada, si donchs la dita donzella o fadrina no era constituyda en edat de 24 anys complerts e no li era estat donat marit».

Se pretendió que estas Constituciones no tenían valor alguno, por ser de suyo contrarias, según derecho canónico, a la libertad natural que tienen los hijos para contraer matrimonio (2).

Pero Cancer distingue muy bien en este caso entre las disposiciones legales nulas por referirse a la substancia del matri-

---

(1) FERRER. *Const. hac nostra*, declaración 12, temp. I, n.° 121 y 143.

(2) COVARRUBIAS. *De sponsaliæ*, p. 2, cap. 3, § 8, n.° 6. DECIO, *Consilia* cons. 231, que no puede privarse de la legítima y alimentos al hijo que casa contra la voluntad de los padres.

monio y las que influyen en cosas accesorias, o dependientes o consiguientes al matrimonio, como son dotes, sucesiones, etc. (1).

SECCIÓN CUARTA

De los derechos y obligaciones entre marido y mujer

Art. 56. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Art. 57. El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido.

Art. 58. La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero.

Art. 59. El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el art. 1384.

Si fuere menor de diez y ocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre; y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces.

Art. 60. El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de procurador.

No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 61. Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley.

Art. 62. Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos.

---

(1) CANCER. *Var. Resol.* p. I, cap. 24, n.º 3 y 4. Véase MIERES. *Apparatus*, coll. 9, cap. 12. OLIBA. *De juri fisci Usaje Alium namque*, cap. 7, n.º 37. FERRER. *Const. hac nostra* decl. 12, temp. I, n.º 114. FONTANELLA. *De pactis* cl. 4, gl. 2, n.º 10. RAMÓN. *Consilia*, con. 95, n.º 30.

Art. 63. Podrá la mujer, sin licencia de su marido:

1.º Otorgar testamento.

2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos.

Art. 64. La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras no contraiga nuevo matrimonio.

Art. 65. Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente.

Art. 66. Lo establecido en esta sección se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Código sobre ausencia, incapacidad, prodigalidad e interdicción del marido.

Arts. 59, 60, 61, y 62. Se preguntará por ventura si rigen estos artículos en Cataluña después de la intensa discusión habida con intervención de la opinión respetable de Academias de jurisprudencia, y a que se presta la antinomia entre la ley de Bases del Código y el artículo 12 de éste. Porque el artículo 5 de dichas Bases dice que serán obligatorias para todas las provincias del reino las disposiciones que se dicten para desarrollo de la base 3.ª *relativas a las formas del matrimonio*; y en cambio el artículo 12 del Código dice que serán obligatorias (sin distingos) las disposiciones del artículo 4; libro 1.º En la discusión en Cortes se entendió que estos artículos, que no rezan para nada con las *formas del matrimonio*, no eran de aplicación a los países forales (1), pero que una práctica más o menos abusiva viene llevándolos a la práctica de los Tribunales y en la Dirección de los Registros de la Propiedad.

Pues esta misma Dirección ha declarado; y a esta declaración me atengo, que el artículo 5 de la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 es la mejor guía para dar con la verdadera explicación del primer párrafo del artículo 12 del Código, y *que éste no rige en las mutuas relaciones de los cónyuges ni en la capacidad de la mujer para contratar y obligarse* (2).

---

(1) Véase BORRELL. *El Còdic civil a Catalunya*, pág. 30 y siguientes.

(2) Resolución de 26 de abril de 1894.

En sentido opuesto, las Resoluciones de 26 de abril y 12 septiembre 1901 en cuanto a los artículos 1387 y 1458.

También me atengo a lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Diciembre de 1909. Contra el fallo que declaró nula, a instancia de una mujer, cierta escritura de afianzamiento en aplicación del Senado-Consulto Veleyano, se recurrió en casación citando como infringidos entre otros estos artículos del Código. No prosperó el recurso, porque el Tribunal consideró que «absolutamente ninguna de las prescripciones del título 4 del libro I del Código contradice y se opone a la especial prohibición que, por el derecho foral de Cataluña, tienen las mujeres casadas para afianzar las obligaciones de su consorte, *toda vez que aquéllas se refieren al orden moral de relaciones entre marido y mujer, siendo aplicable a una prohibición de esta naturaleza lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 12*», o sea que en las provincias o territorios de derecho foral se conservará, sin que sufra alteración, su régimen jurídico escrito o consuetudinario.

Esta es la cuestión y su estado. Resta ahora añadir que la disposición del artículo 60 procedente de la ley general española de Enjuiciamiento civil nadie dudará que rige en Cataluña.

Finalmente, materia tan trascendental para la familia, y que además achica extremadamente la libertad de la mujer española, bien vale la pena de que se emplee en su discusión no el simple juego de artículos, sentencias y resoluciones, mas que se tenga preferentemente en cuenta que tales preceptos, como los de esta sección, chocan, al declarar que no pueden admitirse, con la especial organización de la familia catalana, en la cual la mujer, por gloriosa tradición de la civilización mediterránea, goza de mayor libertad dentro del matrimonio.

Estos de esta sección, son artículos del Código francés, copiados sin haber cuenta en las condiciones de España, ni considerar el apremio de una reforma que en este particular viene reclamando la ciencia jurídica moderna. Bien dijo Laurent: «La sociedad existente entre hombre y mujer no es una sociedad igual: la mujer al casarse cae bajo la potestad del marido. Aunque el Código civil no usa la frase poder marital, pero la consagra (art. 213, que corresponde al art. 57 del Código español) al decir que «el marido debe proteger a la mujer,

y ésta obedecer al marido.» El orador del Gobierno fundó este poder del hombre en la diferencia que existe en la naturaleza de los dos asociados, pero no encuentra otras sino la fuerza. Nosotros le opondremos el testimonio de la filosofía. Condorcet califica de prejuicio la idea de la desigualdad de los dos sexos; esta desigualdad no tiene otro fundamento que el abuso de la fuerza. En la realidad de los hechos, por otra parte, no son la *protección y la obediencia* que dominan en el matrimonio, sino el afecto, que une las almas, y las decisiones se toman por medio de deliberación común y concurriendo el consentimiento; sin que sea un amo que imponga su voluntad y un inferior que se somete a ella. La falsa idea de la desigualdad ha dejado lamentables vestigios en nuestras leyes (1)».

La mujer mayor de edad, viuda o soltera, goza de la plenitud de los derechos civiles: luego no es la fragilidad del sexo la causa de su incapacidad cuando casada. No es la fragilidad del sexo, no es una incapacidad natural como la de los menores, pues la ley no les concedería a las casadas la patria potestad sobre los hijos al fallecer el marido, o la tutela de éste en caso de prodigalidad. Resulta muy difícil de definir semejante incapacidad de la mujer casada establecida por el Código francés y por el español (2).

Esta compleja y mal definida incapacidad jurídica de la mujer casada pugna con las tendencias tradicionales de nuestro derecho catalán. Ya en otra parte; al explicar sus elementos constitutivos, hallé enlazada esta tradición con la de algunas repúblicas italianas de la Edad Media, con el antiguo derecho griego y en general con una antiquísima libertad mediterránea (véase págs. 47 y 48). Como todas estas instituciones fundamentales de derecho consuetudinario aparecen en el derecho feudal catalán centro y refugio de los más antiguas tradiciones jurídicas de este país (3).

---

(1) LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil.* París Bruselas, 1878, tomo I, p. 267.

(2) CHARDON. *Traité des trois puissances, maritale paternelle et tutelaire* Bruselas, 1842, y sobre todo admirablemente analizado este problema por MOURLON *Répétitions écrites sur le premier examen du code Napoleon*, t. I, párrafos 761 y 762.

(3) Compilación de costumbres de Pedro Albert, Cos. 22 const. de Cat. lib. IV tit. 30, vol. 1. La mujer podrá suceder en el feudo. Si no lo había dado en dote, ella

Por lo que atañe a la libertad contractual de la mujer respecto a sus bienes propios, aunque en la correspondiente sección del Código que trata de bienes parafernales se explicará, todavía aquí diré que Cancer recuerda que en Cataluña, donde no rigen las leyes de Toro, que prohiben a la mujer hacer contratos y obligarse sin licencia del marido, la casada puede muy bien obligarse y contratar libremente excepto sobre los bienes dotales, en cuyos bienes no puede perjudicar al marido (1). Esta costumbre jurídica viene corroborada por las escrituras de nuestros archivos notariales.

En este particular, cuando se trata de bienes inmuebles, las Resoluciones de la Dirección general de Registros han venido, como en tantas otras cosas, a alterar la práctica del derecho catalán, contrariando su espíritu de libertad para la mujer, libertad que no se abona en consideración alguna deba limitarse, precisamente hoy que en el orden social goza la mujer de ilustración y medios superiores a los de otras épocas (2).

Y quien quisiera enterarse en que se fundó la Dirección al cambiar de criterio, introduciendo doctrina contraria al derecho catalán, puede ver las Resoluciones de 4 y 13 junio de 1879, y se hallará que fueron sus motivos una sentencia de 12 mayo de 1866, dictada en asunto de Cataluña, en la cual el recurrente alegó como infringida la ley 11, tít. 1, lib. X, de la Novísima Recopilación y otra sentencia de 12 de junio de 1863, y logró la casación; a pesar de que aquella ley de la Novísima es la ley 55 de Toro inaplicable a este país, y ésta última sentencia se refería a un pleito seguido en Castilla.

Mayores apariencias presenta el motivo que alega la Dirección cuando supone que el artículo 49 de la ley de matri-

---

sola prestará homenaje o por medio de procurador, exclusivamente por ella nombrado.

(1) CANCER. *Variae Resolutiones*. Parte 3.ª, cap. 1, n.º 145.

(2) En un principio la Dirección general reconoció lo siguiente:

Procede la inscripción de una escritura de venta de bienes parafernal es otorgada en Cataluña por mujer casada, que sin la intervención de su esposo vendió una finca de su propiedad, puesto que en Cataluña *hay costumbre reconocida que autoriza a las mujeres casadas para contratar acerca de sus bienes parafernales sin licencia de sus maridos*. (Res. de 29 de abril de 1865.)

Procede la inscripción de una escritura de venta otorgada en Cataluña por mujer casada, contratando sobre sus bienes parafernales, siendo por lo mismo innecesaria la intervención de su esposo en el contrato. (Res. de 30 marzo, 1867).

monio civil dejó este punto resuelto (1). Pero olvidó que la ley de Matrimonio civil, aunque general para toda España, dejó expresamente a salvo el derecho foral, entonces vigente, respecto a los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges (2).

Con la publicación del Código civil ha desaparecido aquella ley *provisional*, que por esta condición de interina no podía de una manera *definitiva* tampoco alterar el derecho catalán; de manera que hoy, pasado en todo caso el período provisional de la duración de aquélla, quedaría sin sufrir alteración en este particular nuestro régimen consuetudinario en virtud del artículo 12 del Código, si ya no hubiese quedado garantizado con la salvedad que en el acto de someterla a las Cortes hizo el Gobierno; y como quiera que en la Resolucioness de 20 abril 1865, 30 marzo 1867 la Dirección confiesa *hay costumbre* a favor de la libertad de la mujer, esta costumbre *reconocida* debe respetarse a tenor del artículo 12 del Código.

Desde la publicación del Código he aquí lo que dijo la jurisprudencia en pleito procedente de Cataluña, acerca de las adquisiciones efectuadas por la mujer durante el matrimonio en el siguiente caso:

Cierta mujer catalana, con una industria de fabricación de encajes, había logrado un pequeño capital; el marido de ella le hizo donación de todos sus bienes, y murió intestado; la mujer heredó a un su sobrino; contra él interpusieron demanda los más próximos parientes del marido. Estos alegaban que los bienes comprados, constante el matrimonio, se consideraban del marido, no tenían en cuenta lo que pudiese haber ganado la mujer con su industria. Acudieron en casación, por no haber prosperado su demanda, y citaron como infringidas la ley 51

---

(1) Dice dicho artículo: «La mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento o ab intestato sin licencia de su marido, a no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban.»

(2) La presentación de la ley dice: «Artículo 1.º El gobierno publicará *como ley provisional* el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva, *y sin perjuicio además de lo que dispone el derecho foral vigente respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.*»

del Digesto de *donationibus inter virum et uxorem* (24-1), que declara que cuando hay controversia acerca de lo adquirido por la mujer, *es más verdadero y honesto que lo que no se demuestra de donde lo tenga* se considere que fué a poder de ella procedente del marido. Además, la ley del Digesto 7 de *jure dotium* (23-3), la ley 25 del Código de *donationibus inter virum et uxorem*, la novela 162, y finalmente la Constitución 1.ª, título 9, lib. 8, vol. 1, de las de Cataluña, que es el Usaje *authoritate et rogatu*, que fija la irrevocabilidad de las donaciones y su insinuación si se hicieron con derecho (*si aquell do es fet a dret o altra raho no empatxará*). Pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 1903, consideró que la presunción de que deben entenderse del marido los bienes que la mujer adquiera durante el matrimonio, sólo tiene virtualidad a tenor y por la razón expresada en la ley del Digesto, o sea cuando existan dudas acerca de la procedencia de los bienes, para evitar las sospechas de una causa torpe, y pues constando que procedían de la industria a que la mujer se había dedicado, no tenía caso la referida ley ni las demás citadas, «porque además, añadió el Tribunal, esas fuentes del derecho positivo catalán se refieren tan sólo a los frutos y productos de los bienes dotales, y de los parafernales en su caso, atribuyéndolos al marido para levantar las cargas del matrimonio.»

De esta manera, pues, según deducciones que se sacan de esta sentencia, la mujer catalana, en país como el nuestro en que no existe sino pocas veces y aun por excepción el sistema de gananciales, necesita y tiene facultad de hacer adquisiciones, y más dedicarse a trabajos e industrias propias sin intervención del marido, y acreditando la procedencia del dinero (esto último sólo por altas consideraciones de moralidad); mientras que los productos de los bienes dotales llevados al matrimonio, y aun los frutos de sus bienes propios parafernales, se entregan al marido para levantar las cargas del matrimonio.

Aunque parezca innecesario, también ha recordado la jurisprudencia, pues hay quien lo olvidó, que en orden a los contratos hechos por la casada subsisten las prohibiciones del derecho catalán de poder ella afianzar las obligaciones del marido; y digo que alguien lo olvidó, pues dió lugar a la sentencia

del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1909. La Audiencia declaró nulo un afianzamiento hecho por mujer casada y se recurrió de ello, alegando no haberse aplicado los artículos 12, 61, 65, 1091, 1254, 1256, 1258 y 1261 del Código civil. Se declaró «que absolutamente ninguna de las prescripciones del título 4.º del libro I del Código contradice y se opone a la especial prohibición que, por el derecho foral de Cataluña, tienen las mujeres casadas para afianzar las obligaciones de su consorte, toda vez *que aquéllas se refieren al orden moral de relaciones entre marido y mujer*, siendo aplicable a una prohibición de esta naturaleza lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 12».

En resumen, continúa subsistente por derecho consuetudinario la facultad de la mujer casada de adquirir bienes, pero acreditando la procedencia del dinero; la de disponer de sus bienes propios; la de contratar, en general, mientras no sea para afianzar las obligaciones del marido; cuya excepción expresa de nuestro derecho viene a corroborar la regla general y finalmente que estos artículos se refieren solo al orden moral de relaciones entre marido y mujer.

Art. 64. Antiguamente, y aun se conserva en muchas comarcas, la mujer tomaba el nombre del marido según recuerda Vives (1). Noble práctica señaladísima, que vi emplear por mis padres; libra a la mujer del ominoso *de*, señal de vasallaje o pertenencia. En boga este *de* en el resto de España, y que rechazaron Francia y otros pueblos modernos, debiera extirparse de Cataluña volviendo a la forma peculiar nuestra antigua.

SECCIÓN QUINTA

De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio

Art. 67. Los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio, sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios.

Art. 68. Interpuestas y admitidas las demandas de que habla el artículo anterior, se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones siguientes:

---

(1) VIVES. *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña*. Tomo 2, p. 295 de la 2.ª ed.

1.ª Separar los cónyuges en todo caso.

2.ª Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento civil.

3.ª Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda.

4.ª Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

5.ª Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, o contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes.

Art. 69. El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos.

Art. 70. Ejecutariada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cúnyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del núm. 2.º del art. 73.

Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que. por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia.

Art. 71. Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos.

Art. 72. La ejecutoria de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte; pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales.

Si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada.

Art. 73. La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

1.º La separación de los cónyuges.

2.º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fué distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable; pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiese dado causa al divorcio.

5.º La conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos.

Art. 74. La reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la sentencia cuando ésta se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos y prostituir a sus hijas; en cuyo caso, si aun continúan los unos o las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución.

Usaje Vidua

Art. 73. Tiene en este particular de los efectos civiles de la sentencia de divorcio, objeto del artículo 73 del Código, el derecho catalán un importante y antiguo texto legal, que aquí en este lugar es ocasión oportuna su exposición y comentario.

Se halla en las Constituciones de Cataluña, Vol. I, Libro V, tít. III: *Disolt lo matrimoni, quin dret pertany a la viuda.* Usatge *Vidua,* ley 1.ª

«*Viuda si honestament, e casta viurá aprés la mort de son marit en sa honor, nodrint be sos fills, haja la substancia de son marit, aytant com estará sens marit. Si cometrá adulteri, e lo lit de son marit violará, perda sa honor, e tot lo haver de son marit, e la*

honor venga en poder dels fills, si en edat ne seran, o de altres propinques de aquells, axí empero que no perda son haver si en present apparrá, ne perda lo sponsacili mentre viurá, e puys retorn als fills, o als propinques.»

El primitivo texto de este Usaje en latín, tal como se ha publicado por la Academia de la Historia (1), es como sigue:

«Vidua si honeste et caste post mortem viri sui in suo honore bene nutriendo filios suos vixerit habeat substanciam viri sui quamdiu steterit sine marito. Si se adulteraverit amittat honorem et totum avere viri sui et veniat honor in potestate filiorum si in etate fuerint vel in illorum propinquorum, ita tamen ut non perdat suum avere si in presenti apparuerit, nec sponsalicium amitat quamdiu vixerit, postea redeat ad filios vel propinquos.»

Entiendo debe traducirse (2):

«Si la viuda viviere honesta y castamente después de la muerte de su marido en la propiedad de éste, alimentando bien a sus hijos, tenga (*disfrute*) los bienes (*substancia*) (3) de su marido mientras estará sin marido. Si cometiese estupro (*se adulteravit*) (4) (y violase el lecho de su marido,) pierda la propiedad y todo el haber de su marido, y la propiedad vaya

---

(1) *Cortes de los antiguos reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña.* Madrid, 1896, tomo I. pág. 45. ABADAL-VALLS, *Textes de dret català.*

(2) Diferente en algunas frases de la traducción de VIVES tomo 2.° pág. 161 y de Brocá y Amell § 231.

(3) *Substancia*, así puede significar *alimentos* según la ley 7, lib. 8, tít. 5 del Fuero Juzgo *Quantum in substancia ipsius caballi expendidisse juraverit* (por cierto que en la traducción castellana se omitió la palabra *substancia*) y en el código Teodosiano figura como sinónimo de renta, riqueza o *substancia* que se saca de un predio o beneficio. Véase DU CANGE *Glossarium ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis*, Venecia, 1740.

(4) La traducción oficial es servil y dice: *cometrá adulteri* y se nota que el texto latino dice *se adulteravit* «se corrompiese». Además el contrasentido del adulterio tratándose de una mujer viuda, fuera por tanto del matrimonio, podría esplicarse por considerar prorrogada espiritualmente la vida conyugal, más conviene saber que en las leyes godas y medioevales (Fuero Juzgo ley 5 tít. IV, lib. III) no es raro que se designa con el nombre de «adulterio» la fornicación o el extupro. V. Ducange. Los mismos usajes (usaje *Si quis virginem*) lo hace sinónimo de estupro, fornicación violenta. Dice de este modo:

«Si quis virginem violenter corruperit, aut ducat eam in uxorum, si illa et parentes eius voluerint et dederint, suum *exovar* aut donet illa maritum de suo valore. Si vero (en el códice de Ripoll *non virginem*) quis adulteravit violenter et impregnaverit simileter faciat.» La traducción oficial, Const. de Cat., lib. 9, tít. 8, dice: «Si nengu violentment corrompra verge o la prena per muller, si ella e sos parents ho volen, e li donan son axovar, o li don marit de son valor. Si algú violentment *adulterará* la fembra qui no es verge, e la emprenyara, així mateix.»

a los hijos, si estuvieren en edad para ello, o a otros más próximos parientes de ellos, de tal modo empero que no pierda su haber si lo hubiese (*si in presenti apparuerit o si en present apparrá*) ni pierda el esponsalicio mientras viva, y después retorne a los hijos o a los parientes más próximos.»

En la compilación de los Usajes, éste corresponde a la serie de los llamados adventicios (1), que Jaime I añadió a ella. Creo procede de la siguiente ley del Fuero Juzgo (libro V, tít. II, ley 5): «Si el marido da alguna cosa a la muier, e la muier después de la muerte del marido non fiziere adulterio, mas estuviere en castidad, o se casase como deve, de lo que dió el primer marido puede fazer lo que quisiere si fijos non oviere del. E si muere sin fabla e non a fijos, si el primero marido es vivo, deve tornar la dotación al primero marido o a sus herederos; e si faze adulterio, o se casa cuado non deve, deve perder quantol diera el marido, ó deve tornar al primero marido o á sus herederos.»

Ya no se trata pues de lo que ordenó la Novela 117 cap. VIII ni el derecho canónico (Decretales cap. IV tit. 20, lib. IV), de la pérdida del dote y esponsalisio, lo cual rige en Cataluña, respecto a la divorciada adúltera; si no de una institución especialísima, que aplica aquellos principios *a la viuda*, por lo que respeta a los bienes que recibió del marido.

Se ha planteado la cuestión, ajena un tanto a nuestro derecho catalán, de si la viuda que vive deshonestamente pierde por este hecho también el dote que aportó al matrimonio, y se argumenta que si la mujer durante el matrimonio por la ofensa del adulterio pierde dote y esponsalicio, la misma razón existe para la fornicación durante la viudez, prolongación espiritual del primer matrimonio; glosan para ello los autores algunas leyes del Código, manifestando otros autores una opinión intermedia en el sentido de que pierde el dote y donación propter nupcias si se entrega a la vida deshonesta, la viuda, durante el año de luto, y desde luego pierde lo demás recibido del marido (2).

---

(1) COROLEU. *El código de los Usajes de Barcelona*. Barcelona, 1890, pág. 83 y 84.

(2) CANCER. *Var. Resol.* p. 1, cap. IX, n.º 138, 139 y 140. BOER. *Decisiones burdegalenses*, Colonia 1611 dec. 338. GRATIANO. *Disceptationium forensium*. Colonia

Dije que esta cuestión (que sólo cité para mostrar el espíritu en este particular de los romanistas) era un tanto ajena al derecho catalán, dado que en Cataluña la viuda deshonesta, si bien pierde cuanto recibió del marido por cualquier concepto (donación, legado, etc.), exceptúa expresamente el Usaje *Vidua* el esponsalicio, que es donación del marido, y por lo mismo si se exceptúa el esponsalicio con mayor razón el dote como cosa propia de ella debe de exceptuarse.

La dote devuelta en tan extraordinario y desagradable caso se ha discutido si pasaba a los hijos del primer matrimonio y no al marido de segundas nupcias, siendo esta la opinión de Baldo y otros (1). Esto en derecho romano y canónico.

También se sostiene que de la misma manera o por equivalencia, así como por adulterio la mujer pierde el dote, por el del marido lucra ella la donación propter nupcias.

Esa especialísima situación legal que se promueve y crea con la conducta de una viuda, más que alegre, delincuente de fornicación y de violación del lecho de su marido, lo que presupone poco menos que un amancebamiento público, trae sus consecuencias, a más de lo referente a los bienes, alcanza a otros intereses más sagrados, como el poder sobre los hijos según la legislación moderna.

Si la viuda madre, al contraer nuevo matrimonio, perdía antes la tutela de los hijos y hoy la patria potestad, porque entra al dominio de otro hombre, el cual en puridad sería el que practicaría la tutela o ejercería la potestad de padre; por idéntica razón la viuda que por su conducta licenciosa se entrega a la unión ilegal con otro u otros hombres, debe sufrir una especie de *capitis diminutio* del vicio o del delito. Añádese a esta consideración el peligro que corre la inocencia o bondad de los hijos con el mal ejemplo. El Código de Tortosa tiene iguales disposiciones.

1630, cap. V. Menochio. *De præsumptionibus, conjecturis signis et indiciis*. Venecia, 1717, lib. 5, p. 32, n.º 20. Octavio Cacherano. *Decisiones sacri senatus pedemontani*. Lión, 1579, dec. 77.

(1) Francisco Cremense y Juan de Castillono Genovés en la colección de Gabriel Saravna. *Singularia omnium clarissimorum doctorum*. Lión, 1560 pág. 485.

Las constituciones *Hac nostra* y la que le sigue sobre *tenuta*, de las cuales se tratará en el título de las dotes, regularon la posesión de los bienes del marido, sin derogar la parte penal del Usaje *Vidua*, objeto de este estudio.

CAPÍTULO II

Del matrimonio canónico

Art. 75. Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino.

Art. 76. El matrimonio canónico producirá todos los efectoc civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes.

Art. 77. Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Con este objeto los contrayentes están obligados a poner por escrito en conocimiento del Juzgado municipal respectivo, con veinticuatro horas de anticipación por lo menos, el día, hora y sitio en que deberá celebrarse el matrimonio, incurriendo, si no lo hicieren, en una multa de 5 a 80 pesetas. El Juez municipal dará recibo del aviso de los contrayentes. Si se negare a darlo, incurrirá en una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100.

No se procederá a la celebración del matrimonio canónico sin la presentación de dicho recibo al Cura párroco.

Si el matrimonio se celebrare sin la concurrencia del Juez municipal o su delegado a pesar de haberle avisado los contrayentes, se hará a costa de aquél la transcripción de la partida del matrimonio canónico en el Registro civil, pagando además una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100. En este caso el matrimonio producirá todos sus efectos civiles desde el instante de su celebración.

Si la culpa fuere de los contrayentes, por no haber dado aviso al Juez municipal, podrán aquéllos subsanar la falta solicitando la inscripción del matrimonio en el Registro civil. En este caso no producirá efectos civiles el matrimonio sino desde su inscripción.

Art. 78. Los que contrajeren matrimonio canónico *in articulo mortis*, podrán dar aviso al encargado del Registro civil en cualquier instante anterior a la celebración, y acreditar de cualquier manera que cumplieron este deber.

Las penas impuestas a los contrayentes que omitieren aquel requisito no serán aplicables al caso del matrimonio *in articulo mortis*, cuando conste que fué imposible dar oportunamente el aviso. En todo caso,

para que el matrimonio produzca efectos civiles desde la fecha de su celebración, la partida sacramental deberá ser inscrita en el Registro dentro de los diez días siguientes.

Art. 79. El matrimonio secreto de conciencia, celebrado ante la Iglesia, no está sujeto a ninguna formalidad en el orden civil, ni producirá efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro.

Este matrimonio producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración, si ambos contrayentes, de común acuerdo, solicitaren del Obispo que lo haya autorizado un traslado de la partida consignada en el registro secreto del Obispado, y la remitieren directamente y con la conveniente reserva a la Dirección general del Registro civil, solicitando su inscripción. Al efecto la Dirección general llevará un registro especial y secreto con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darles publicidad trasladándolas al Registro municipal de su domicilio.

Art. 80. El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos.

Art. 81. Incoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el art. 68.

Art. 82. La sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles.

CAPÍTULO III

Del matrimonio civil

SECCIÓN PRIMERA

De la capacidad de los contrayentes

Art. 83. No pueden contraer matrimonio:

1.° Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto*, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación.

2.° Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

3.º Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable.

4.º Los ordenados *in sacris* y los profesos de una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

5.º Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial.

Art. 84. Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural.

2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado.

4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado.

5.º El padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

6.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción.

7.º Los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme.

8.º Los que hubiesen sido condenados como autores, o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

Art. 85. El Gobierno, con justa causa, puede dispensar, a instancia de parte: el impedimento comprendido en el número 2.º del art. 45; los grados tercero y cuarto de los colaterales por consanguinidad legítima; los impedimentos nacidos de afinidad legítima o natural entre colaterales, y los que se refieren a los descendientes del adoptante.

SECCIÓN SEGUNDA

De la celebración del matrimonio

Art. 86. Los que con arreglo al art. 42 hubieren de contraer matrimonio en la forma determinada en este Código, presentarán al Juez municipal de su domicilio una declaración, firmada por ambos contrayentes, en que consten:

1.º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes.

2.º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres.

Acompañarán a esta declaración la partida de nacimiento y de estado de los contrayentes, la licencia o consejo si procediere, y la dispensa cuando sea necesaria.

Art. 87. El matrimonio podrá celebrarse personalmente o por mandatario a quien se haya conferido poder especial; pero siempre será necesaria la asistencia del contrayente domiciliado o residente en el distrito del Juez que deba autorizar el casamiento.

Se expresará en el poder especial el nombre de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, y éste será válido si antes de su celebración no se hubiera notificado al apoderado en forma auténtica la revocación del poder.

Art. 88. Si el Juez municipal escogido para la celebración del matrimonio no lo fuere a la vez de ambos contrayentes, se presentarán dos declaraciones, una ante el Juez municipal de cada contrayente, expresando cuál de los dos Jueces han elegido para la celebración del matrimonio, y en ambos Juzgados se practicarán las diligencias que se establecen en los artículos siguientes.

Art. 89. El Juez municipal, previa ratificación de los pretendientes, mandará fijar edictos o proclamas por espacio de quince días, anunciando la pretensión con todas las indicaciones contenidas en el art. 86, y requiriendo a los que tuviesen noticia de algún impedimento para que lo denuncien. Iguales edictos mandará a los Jueces municipales de los pueblos en que hubiesen residido o estado domiciliados los interesados en los dos últimos años, encargando que se fijen en el local de su audiencia pública por espacio de quince días, y que, transcurridos éstos, los devuelvan con certificación de haberse llenado dicho requisito y de haberse o no denunciado algún impedimento.

Art. 90. Los militares en activo servicio que intentaren contraer matrimonio estarán dispensados de la publicación de los edictos fuera del punto donde residan, si presentaren certificación de su libertad expedida por el Jefe del Cuerpo armado a que pertenezcan.

Art. 91. Si los interesados fueren extranjeros, y no llevaren dos años de residencia en España, acreditarán con certificación en forma, dada por Autoridad competente, que en el territorio donde hayan tenido su domicilio o residencia durante los dos años anteriores, se ha hecho, con todas las solemnidades exigidas en aquél, la publicación del matrimonio que intentan contraer.

Art. 92. En todos los demás casos, solamente el Gobierno podrá dispensar la publicación de los edictos, mediando causas graves, suficientemente probadas.

Art. 93. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el Juez municipal autorizará el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, ya esté domiciliado en la localidad, ya sea transeunte.

Este matrimonio se entenderá condicional, mientras no se acredite legalmente la libertad anterior de los contrayentes.

Art. 94. Los Contadores de los buques de guerra y los Capitanes de los mercantes autorizarán los matrimonios que se celebren a bordo

en inminente peligro de muerte. También estos matrimonios se entenderán condicionales.

Art. 95. Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a los Jefes de los Cuerpos militares en campaña, en defecto del Juez municipal, respecto de los individuos de los mismos que intenten celebrar matrimonio *in articulo mortis*.

Art. 96. Transcurridos los quince días a que se refiere el art. 89 sin que se haya denunciado ningún impedimento, y no teniendo el Juez municipal conocimiento de alguno, procederá a la celebración del matrimonio en los términos que se previenen en este Código.

Si pasare un año desde la publicación de los edictos sin que se efectúe el casamiento, no podrá celebrarse éste sin nueva publicación.

Art. 97. Si antes de celebrarse el matrimonio se presentare alguna persona oponiéndose a él y alegando impedimento legal, o el Juez municipal tuviere conocimiento de alguno, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se declare por sentencia firme la improcedencia o falsedad del impedimento.

Art. 98. Todos aquellos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio, están obligados a denunciar cualquier impedimento que les conste. Hecha la denuncia, se pasará al Ministerio fiscal, quien, si encontrare fundamento legal, entablará la oposición al matrimonio. Sólo los particulares que tengan interés en impedir el casamiento podrán formalizar por sí la oposición, y en uno y otro caso se substanciará ésta conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil, dándole la tramitación de los incidentse.

Art. 99. Si por sentencia firme se declararen falsos los impedimentos alegados, el que fundado en ellos hubiese formalizado por sí la oposición al matrimonio, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 100. Se celebrará el casamiento, compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes, o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.

Acto seguido, el Juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persisten en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra; y, respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y el Secretario del Juzgado.

Los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero.

Rigen todos estos artículos (según el párrafo 1.º del 12) en Cataluña; más es aquí lugar que se presta para tratar del

Matrimonio catalán — Su celebración, carácter, ceremonias, consejo de amigos y parientes

El matrimonio (*mater*, madre), como que siempre la madre es cierta e incierto el padre, como además los hijos seguían la condición de la madre, se refirió por los romanos el origen del matrimonio a la maternidad y no a la paternidad. Es de derecho natural esa unión de hombre y mujer para la procreación de hijos y su educación (1), según el primitivo derecho romano, y convertido más tarde bajo la influencia cristiana en la obra de Modestino (2) y Justiniano en un consorcio para toda la vida con comunicación del derecho divino y humano entre los cónyuges (3), y finalmente ascendió el matrimonio en su camino de espiritualización, llevado por el derecho canónico, a ser considerado como una conjunción de dos almas y de dos cuerpos, de donde debían de derivarse como consecuencia, que si bien la muerte ponía término a la unión de los cuerpos, no así a la de las almas; de aquí la condición espiritual en que quedaba la mujer viuda, y el repeler las segundas nupcias hasta el punto de no darles el carácter de verdadero matrimonio sino de una fornicación lícita.

En estas últimas ideas se nutrió las institución jurídica del matrimonio en Cataluña a saber: en el Usaje *Vidua* (lib. 5, tít. 11, vol. 1.º de las Constituciones) contra la viuda que faltare violando el lecho de su difunto marido no viviendo honestamente; en los heredamientos prelativos a favor de los hijos del primer matrimonio; en el nombramiento de usufructuária y *senyora y majora* a la viuda mientras conserve el nombre y recuerdo del marido, como si el casamiento espiritual continuase.

Guardó la ceremonia del contrato matrimonial en Cataluña la tradición griega y romana de las *nupcias* por *confarreatio*, que era el más solemne casamiento de los romanos: de aquí el pan que

---

(1) D. Lib. I, tit. I, *de justicia et jure*, ley 1 § 3.
(2) D. lib. 23, tít. I *de ritu nuptiarum*, ley I.
(3) *Instituta* lib. I, tit. IX, *de patria potestate*.

se parte entre los novios ante el altar. En cambio en Castilla, siguiendo rastros y recuerdos célticos, se usa de las arras o entrega de unas monedas, y son bárbaras reminiscencias porque se refieren al símbolo de la compra de la mujer, no precisamente de su virginidad, porque también se dan arras en el casamiento de una viuda.

En las costumbres barcelonesas reviste excepcional importánica la entrega del anillo de esponsalicio o promesa de casamiento (*anell de prometatge*); si a esto se agrega que en otros puntos de Cataluña, firmados los capítulos considéranse casados los contrayentes, hasta el punto que en diversas épocas los sínodos provinciales dictaron repetidas y severas Constituciones contra los que hacían vida común en estas condiciones antes de la bendición nupcial dada por la Iglesia (1), no será exagerada la suposición de que en nuestro país, como en los demás pirenaicos, representa esto una remota tradición del casamiento primitivo ante los lares domésticos, en el seno de la familia como ahora decimos, para ser sancionado luego por la religión de la tribu o la ciudad, hoy la religión del Estado.

Esto despojaba a la institución matrimonial del carácter individualista de unión de hombre y mujer, y conservaba las tradiciones del casamiento como acto externo y esencialmente familiar, es decir, de una comunidad de familia. A veces en los documentos matrimoniales de Cataluña se hallan vestigios de algo todavía más hondo y singular, porque al lado de la intervención de los parientes próximos como en la ley goda (2) aparece la de un *consejo de amigos*, que se me antoja suponer quiere recordar el consejo de la vieja gentilidad o tribu. Balarí (3) tradujo de unos capítulos del año 1019 esta frase: «Por esto me plugo, *de acuerdo con mis amigos*, pedirte como amantísima esposa o mujer mía». En el curso de mis investigaciones en los protocolos notariales de Cataluña he dado con las

---

(1) Sinodales de Gerona de 1669, 1671 y 1680. ROMAGUERA. *Constitutiones synodales diocesis gerundensis*. Gerona 1691, pág. 339, *Constitutiones synodale vicenses*. Tarragona, 1591, pág. 26. (Véase lo dicho en la página 40.)

(2) Puede verse en el Fuero Juzgo las leyes del lib. III, tít. I.

(3) *Orígenes históricos de Cataluña*. Barcelona, 1899, pág. 524.

siguientes fórmulas en el introito de algunos capítulos matrimoniales:

«Primerament dit Johan Boldó ab expressa licencia, consentitiment e voluntat dels dits pare y mare e *de altres amichs* e parents seus, pren per muller la dita Margarida e en aquella liura son cos per leal marit segons ordinació de sancta mare esglesia e sanct Pere e sanct Pau ho han ordenat.» (De unos capítulos firmados en 10 febrero de 1495, notaría de Cardona.)

En otro de igual procedencia, del riñón de Cataluña, se lee:

«Primerament lo dit Vicens Nonell ab expres voler e consentiment den Jacme Solanas alias Sunyer del loch de la Coromina cosingermá *e de altres amichs e parents seus* pren per muller la dita Eularia, etc... Viceversa la dita Eularia ab licencia consentiment e voluntat dels dits pare e mare, del Reverent Monsenyor Abbat de Cardona, oncle maternall, e *de altres amichs e parents seus*, pren per marit lo dit Vicens en aquell liure son cos per leal muller», etc. (Capítulos de 25 Marzo 1493, notaría de Cardona.)

Me ha sorprendido encontrar semejante institución del Consejo de los amigos en las *coutumes* de Borgoña, donde se lee, Rub. VI, § 4.º: «Entre gens nobles, la femme apres le trespas de son mary, se peult, se bon luy semble, dire baliste (tutora) de ses enfans: du consentement de ses parens et *amys* prochains paternelz de ses enfans» (1).

Figuran en las antiguas leyes inglesas, con la denominación de *prochein amy*, próximos amigos, para continuar las acciones judiciales de los menores y pupilos en ciertos casos: *Propinquiores amici admittantur ad sequendum pro eis* (2).

Por último este origen tiene la fórmula de las amonestaciones en nuestras parroquias: «Mitjansant *personas amigas*, matrimoni s'es tractat, Deu volent, celebrador entre N. y N. &».

---

(1) Bartolomé Chasseneo. *Comentariorum in consuetudines Ducatus Burgundiæ*. Lion, 1543, fol. 213.

(2) Citado por Du Cange. *Glossarium ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis*. Venecia, 1736, palabra *amici propinquior*.

Joyas, ropas, anillo nupcial, dados con ocasión del matrimonio

Sabido es que como símbolo de la comunidad de bienes y afectos en que vivirán los novios, y a impulsos del cariño, acostumbran durante las relaciones preliminares al matrimonio cruzarse varios regalos. Además, a la entrega solemne del anillo nupcial, corresponde la novia regalando una joya de valor parecido. Dejando aparte lo que en la tradición de un casamiento en el seno de la familia esto significa, corroborado más tarde por el poder religioso o del Estado, conviene pararse a determinar el carácter jurídico de semejantes regalos, anteriores y precursores del matrimonio público y solemne; carácter jurídico para el cual ante todo hay que descartar la idea de que las joyas forman parte del dote, pues no se dan para ser entregadas después al marido sino en consideración a la persona de la novia (1).

Distinguen los viejos tratadistas catalanes cuatro puntos de vista en este particular (2): cuando se entregan antes del contrato de matrimonio, se consideran verdaderas donaciones; después del matrimonio, se distingue si fueron entregadas tales joyas, lo propio que vestidos preciosos, para sola ostentación y honra del matrimonio (lo cual casi siempre será muy difícil de precisar) o si el marido las entregó a la mujer para el uso correspondiente a su posición social, en cuyo caso el arbitrio judicial distinguirá cuáles sean para ornato y cuáles para dicho uso. Estas últimas formarán parte de los alimentos que el marido debe a la mujer. Los antiguos tribunales de Italia (3) decidieron en este punto que los vestidos de seda, entre nobles y gentes de gran categoría o posición social, entregados después del matrimonio con palabras de presente, son propiedad de la mujer, los collares de oro, cadenas, brazaletes, que son cosas

(1) Afflictis. Decisiones sacri regii consilii neapolitani. Venecia, 1612. Dec. 315.
(2) Moli. De ritu nuptiarum. Barcelona, 1617, fol. 262.
(3) Julio Caponi. *Disceptationes forenses*. Lión, 1677. Discep. 282. Farinaceo, *Sacræ Rotæ Romanæ decisionum*. Lión, 1633, decisión 113, p. 1.

de gran valor, no se tienen por donadas y entran en la categoría de las donaciones entre marido y mujer que son nulas, que sólo se confirman por la muerte del cónyuge donador sin haberlas revocado (1).

En este sentido se expresan también los comentaristas catalanes (2), y citaré a este propósito el fallo arbitral que en 20 febrero de 1607 dictóse a instancia de los curadores del conde de Queralt y la noble Catalina de Queralt viuda de D. Luis de Queralt; en la indicada sentencia se declaró en favor de la viuda, adjudicándole todo cuanto después de prometidos los novios, *després de dades les paraules*, y antes de celebrarse el matrimonio, entregó D. Luis a su esposa, aunque se trataba de joyas preciosísimas y de gran valor, por el siguiente motivo: «Porque atendiendo a la calidad y condición de los contrayentes, atendiendo además a la espléndida dote que dicha D.ª Catalina constituía a su esposo, y atendiendo que dichas cosas fueron entregadas a la esposa antes que por palabras de presente contrajesen matrimonio, existía una presunción de derecho que tales cosas se entregaban y pasaban a D.ª Catalina con ánimo de donar» (3).

En cuanto al anillo nupcial, bien que es las más veces de gran valor, pertenece a la mujer, por considerarse necesario o formando parte integrante de la celebración del matrimonio. Las joyas y otros bienes parafernales dados por los padres, parientes y amigos a la hija según costumbre, tienen el carácter de apéndices del dote (4).

En algunos testamentos de catalanes en plena Edad Media, en señal de que el marido se tuvo por dueño de las joyas y vestidos, los lega algunas veces a su mujer (5).

En la práctica, como observa Durán y Bas, (6), aunque las

---

(1) D. lib. 24, tít. I, *de donationibus inter virum et uxorem*, ley 32. Código lib. 5, tít. 16, ley 3.

(2) FERRER. Observancias 3 p. cap. 44. CANCER. *Var. Resol.* p. 1, cap. 9, n.º 192 con notas excelentes de Jaime Mir. FONTANELLA. *De pactis* cl. 7, gl. 3, p. 6.

(3) FONTANELLA lug. cit.

(4) MIR, notas a Cancer *Var. Resol.*, p. I, cap. 9, n.º 192.

(5) Protocolo del notario de Cardona, Gabriel Nogués, año 1400, testamento de Bonanato de Pastills, II Item dimito eundem uxori meum amore conyugali ducentos solidos barchinonæ de terno, et omnes vestes suas et jocalia sua.»

(6) DURÁN. *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, pág. 50.

joyas de la mujer, no verdaderamente donadas, de derecho pasan al marido o a sus herederos, los maridos no suelen disponer de ellas en Cataluña; las mas de las veces se dan o legan a las hijas o al heredero, quien las entrega a su esposa, que se honra con ellas como recuerdo de los ascendientes.

Es costumbre legal en Barcelona, no en el resto de Cataluña, que disuelto el matrimonio, la viuda tiene derecho a detraer una joya mediana *segona joya*; junto con lo que por derecho común le corresponde o sean las ropas de uso cotidiano y el anillo de esponsalicio o *anell de prometatge*, citando Fontanella, en corroboración de esta costumbre, las sentencias de la Antigua Audiencia y Consejo Supremo de la Corona de Aragón 1 julio 1532, 15 noviembre 1596, 15 abril 1597, 29 octubre 1602 y otras de septiembre de 1611 (1). De manera que por derecho común se entregan a la mujer, al disolverse por la muerte el matrimonio, el anillo de novia (*anell de prometatge*) y los vestidos de uso común; y por costumbre de Barcelona a más de esto una joya mediana; queda al arbitrio judicial el determinarla, después de satisfechas las deudas de la herencia del marido.

La acción para hacer efectivos estos derechos pasa a los herederos de la mujer. En cambio, si ésta contrae segundo matrimonio deben tales joyas corresponder a los hijos del primer enlace, o sea tienen el carácter y consideración de bienes reservables.

SECCIÓN TERCERA

De la nulidad del matrimonio

Art. 101. Son nulos:

1.º Los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa.

2.º El contraído por error en la persona, o por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento.

3.º El contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se halle en su poder.

---

(1) FONTANELLA. *De pactis* cl. 7, gl. 3, parte 6, núms. 50 a 65.

4.º El que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente, o del que en su lugar deba autorizarlo, y sin la de los testigos que exige el art. 100.

Art. 102. La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio fiscal y a cualesquiera personas que tengan interés en ella.

Se exceptúan los casos de rapto, error, fuerza o miedo, en que solamente podrá ejercitarla el cónyuge que los hubiese sufrido; y el de impotencia, en que la acción corresponderá a uno y otro cónyuge y a las personas que tengan interés en la nulidad.

Caduca la acción y se convalidan los matrimonios, en sus respectivos casos, si los cónyuges hubieran vivido juntos durante seis meses después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo, o si, recobrada la libertad por el robado, no hubiese éste interpuesto durante dicho término la demanda de nulidad.

Art. 103. Los Tribunales civiles conocerán de los pleitos de nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a las disposiciones de este capítulo, adoptarán las medidas indicadas en el art. 68, y fallarán definitivamente.

SECCIÓN CUARTA

Del divorcio

Art. 104. El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados.

Art. 105. Las causas legítimas de divorcio son:

1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2.ª Los malos tratamientos de obra, o las injurias graves.

3.ª La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligar la a cambiar de religión.

4.ª La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5.ª El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.

6.ª La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

Art. 106. El divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente.

Art. 107. Lo dispuesto en el art. 103 será aplicable a los pleitos de divorcio y a sus incidencias.

TÍTULO V

De la paternidad y filiación

CAPÍTULO PRIMERO

De los hijos legítimos

Art. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Art. 109. El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera.

Art. 110. Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1.ª Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz.

3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.

Art. 111. El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

Art. 112. Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1.º Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2.º Si muriere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3.º Si el hijo nació después de la muerte del marido.

Art. 113. La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar del marido, o, en su caso cualquiera de sus herederos.

Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contarse desde que se descubriere el fraude.

Art. 114. Los hijos legítimos tienen derecho:

1.º A llevar los apellidos del padre y de la madre.

2.º A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes, y en su caso, de sus hermanos, conforme el art. 143.

3.º A la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce.

De la paternidad y filiación

En el tratado de las personas, parte el Código del hecho natural de la generación, por donde se originan la filiación y la paternidad. Viene a la vida el ser humano, y desde el momento en que su existencia se revela en el seno materno toma la condición de hijo y con derechos; pues se le considera como si estuviese en medio de las cosas de la vida y de la sociedad (*perinde ac si in rebus humanis esset* (1). ¿Cuáles son, pues, los derechos inherentes a la condición de hijo?

Tienen el hijo o hija, por ser tales, tanto nacidos como póstumos, el derecho de ser instituídos herederos por el padre y la madre o bien desheredados mediante justa causa; tienen el hijo y la hija, también por ser tales, desde el momento de la concepción, el derecho de no ser olvidados por sus padres en el testamento, so pena de nulidad, lo que se llama preterición (2); tienen también el hijo y la hija, por ser tales, el derecho a los alimentos, y todo esto porque los padres y el hijo se consideran una sola persona, continuación de la carne y el espíritu; una sola persona en el derecho civil, como en el derecho natural.

---

(1) PAULO, ley 7 del Digesto, *de statu hominum*, lib. 1, tit. 5.

(2) Ley 30, lib. 28, tit. 2 *de liberis et postumis*. CANCER. *Variarum Resolutionum*, parte I, cap. IV, n.º 26. Usaje *Exheredare*, *Constitucions de Catalunya*, lib. VI, tit. III, vol. I, *de fills y pares preterits*.

En cuanto al derecho natural, acaso estén en lo cierto los autores de sociología y antropología que explican como el hijo en los albores de la civilización de los pueblos se consideró hijo de la horda, del parentesco materno primero, después del parentesco paterno, pasando a ser propiedad del padre, después de los dos progenitores y finalmente llegó a ser persona emancipada bajo la protección del Estado.

En el orden civil, no podemos remontarnos más allá del derecho romano vigente en Cataluña, y se ofrece como demostración de esta unión de personalidad de padres e hijos y, como en el orden del tiempo civilmente continúan la personalidad de los padres, el aforismo de uso corriente en el derecho *filius ergo heres*, que recibe una curiosa exteriorización en cuanto a la identificación del padre con el hijo en las cosas familiares en la siguiente ley 11 del libro 28, título 2.º *de liberis et posthumis* del Digesto cuando dice: «En los herederos suyos aparece de un modo evidente que continúa el dominio de la cosa a tal punto que puede decirse que no hay herencia sino que es un dominio continuado de los padres a los hijos, de manera que viviendo el padre los hijos se consideran dueños como los mismos padres, sin que sea un obstáculo que al uno le llamen padre de familia y al otro hijo de familia, sirviendo solamente esta expresión para distinguir al genitor del engendrado: así que después de la muerte del padre los hijos propiamente no perciben la herencia sino que entran en la libre administración de los bienes.»

De aquí que las cuestiones de *paternidad y filiación* en el derecho civil son el punto de partida de toda la institución familia, y la familia a su vez es el primer principio de la vida social. La familia constituída, es un todo de personas y de bienes, de orden, de defensa, de trabajo útil, de actividad intelectual sentimental y volitiva. La paternidad y la filiación, pues, no sólo como principio y punto de partida del derecho familiar, sino como base del mismo se presentan, desde luego, rodeadas de una importancia y de un interés legal extraordinarios sobre todo en el derecho civil de Cataluña.

Art. 108 109 y 110 Se consideran hijos legítimos los nacidos de matrimonio legítimo o de justas nupcias (*filius est qui justas nuptias demostrant*). El Código civil español ha señalado

(arts. 108 a 110) por vía de excepción algunos casos, fundados en el imposible físico de la procreación, en los cuales el hijo nacido en el hogar de un matrimonio legítimo puede carecer de la condición de legitimidad, pero las mismas presunciones que señala el Código demuestran que no alteró el axioma romano, en tanto que sin esfuerzo ha podido decir el Tribunal Supremo que según el sistema del Código la prueba de la filiación legítima es el matrimonio de los padres (1). ¿Qué más? ¿Se quiere llevar más adelante el principio de la simple demostración por el matrimonio que presumir legítimo al hijo aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera según establece el art. 109 del mismo Código? Un interés social poderosísimo en favor de la dignidad del matrimonio inspiró tales disposiciones, no menos que la consideración, por lo que se refiere a la exótica y escandalosa declaración de una madre, que en tales términos de publicar su deshonra no se concibe sino a impulsos de odios y venganzas; asimismo en el derecho canónico contra la manifestación de los padres que no reconocen a un joven a quien cuidaron y dieron alimentos se admite la prueba de indicios y de testigos contra esta afirmación y por ella el medio de probar si era realmente hijo (2).

Los demás hijos nacidos fuera de justas nupcias tienen la condición de ilegítimos.

La filiación legítima se prueba por ser hijo de mujer legítima, lo que a la vez prueba que es hijo de su marido dada la existencia del matrimonio (*filius quod juxtas nuptias demostrant*) (3) y sea quien quiera que lo haya engendrado lo adquiere el marido (*qui est dominus ventris*). Algo rebuscado y ofensivo, aunque justo, este argumento de un famoso comentarista de derecho canónico (4).

---

(1) Sentencia de 24 junio de 1897.

(2) Decretales, lib. IV, tít. XVII, cap. 3. El mismo criterio jurídico informa el cap. 12 o sea que debe estarse a la prueba de testigos respecto a ser un hijo legítimo aunque los padres aseguren lo contrario.

(3) *Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur.* Ley 6 D. lib. I, tít. 6 *de his qui sui vel alieni juris sunt* a menos que el padre hubiese estado ausente o incapaz para la generación, añade la ley.

(4) Boich. *In quartum librum Decretalium.* Venecia, 1576, pág. 66.

Esto no obstante, en ciertos casos la presunción de legitimidad por ser hijo del matrimonio y aun la cuasi posesión constante del estado de hijo legítimo no alcanza a elevar a tal categoría, en sentido absolutamente estricto; ya no me refiero a caso en que por enfermedad, ausencia, impotencia o cualquiera otro obstáculo físico de la procreación en el matrimonio, que dejan abierta la puerta para impugnar la cuasi posesión de la legitimidad, sino cuando, lo que es muy frecuente en Cataluña, en un fideicomiso o condición resolutoria se precisa el orden sucesorio llamando a los «hijos legítimos y naturales *y de legítimo y carnal matrimonio procreados*», que tomadas a la letra y en sentido estricto estas palabras, cual conviene en un contrato por razón de matrimonio, llámese capítulos o cartas dotales, no cumple tal condición el hijo nacido y aun concebido antes de efectuarse el matrimonio de los padres por más que pase luego por legítimo (1).

En el derecho propio catalán, según frases de las *Constitucions*, llámase *fill ledesme* al hijo legítimo, así como *ledesme matrimoni* al matrimonio legítimo (2).

CAPÍTULO II

De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos

Art. 115. La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, o por documento auténtico o sentencia firme en los casos a que se refieren los artículos 110 al 113 del capítulo anterior.

Art. 116. A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

Art. 117. En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme o de posesión de estado, la filiación legítima podrá

(1) FAGNANI. *Commentaria in quartum librum Decretalium*. Roma 1661, pág. 85, donde publica y comenta una decisión de la Rota de 26 marzo 1618 sobre este particular.

(2) CONST. DE CAT., usaje *Qui se sciente*, lib. IV, tít 30 y la costumbre feudal 32 de las recopiladas por Pedro Albert.

probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente.

Art. 118. La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá a sus herederos si falleciere en la menor edad o en estado de demencia. En estos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción.

La acción ya entablada por el hijo se transmite por su muerte a los herederos, si antes no hubiese caducado la instancia.

Tristany (Decisión 88) expone esta materia de la paternidad y filiación legítima siguiendo el criterio de que debe probarse por presunciones; considera en la categoría de presunción de legitimidad lo dicho en la partida de nacimiento, aunque naturalmente cabe hacer pruebas en contrario, y cita un fallo del Senado o antigua Audiencia de Cataluña de 8 de marzo de 1674, en el cual se declaró que un individuo, a pesar de lo que rezaba su partida de bautismo, y a pesar de haber sido ordenado sacerdote como hijo legítimo, no lo era, atendiendo cierta declaración escrita del verdadero padre y lo que decía la opinión pública. Opina que para los efectos de la sucesión y concesión de alimentos bastan pruebas leves de la filiación legítima, citando en su apoyo algunos fallos. También cree que la afirmación de la madre de que el hijo es ilegítimo, aun con juramento, no debe dársele crédito, conforme se ha explicado antes al comentar el art. 109; de manera que contra semejantes afirmaciones así del padre como de la madre, podrá hacer prueba el hijo sosteniendo su legitimidad; y a este propósito traslada una sentencia del Senado catalán de 3 de agosto de 1580. (Véase art. 109.)

De lo dicho se infiere y de las explicaciones que por extenso más adelante se dan apoyadas en el derecho canónico acerca la investigación de la paternidad, no rigen en el Principado los principios de pruebas tasadas que señalan los artículos 115, 116 y 117; ni el 118 en cuanto limita el ejercicio de una acción que, según el Usaje *Omnes cause*, aquí sólo prescribe a los treinta años.

CAPÍTULO III

De los hijos legitimados

Art. 119. Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales.

Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella.

Art. 120. La legitimación tendrá lugar:

1.º Por el subsiguiente matrimonio de los padres.

2.º Por concesión Real.

Art. 121. Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrado.

Art. 122. Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos.

Art. 123. La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio.

Art. 124. La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes.

Art. 125. Para la legitimación por concesión Real deberán concurrir los requisitos siguientes:

1.º Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio.

2.º Que se pida por los padres o por uno de éstos.

3.º Que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

4.º Que, si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

Art. 126. También podrá obtener la legitimación por concesión Real el hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que concurra la condición establecida en el núm. 3.º del artículo anterior.

Art. 127. La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado:

1.º A llevar el apellido del padre o de la madre que la hubiese solicitado.

2.º A recibir alimentos de los mismos, en la forma que determina el art. 143.

3.º A la porción hereditaria que se establece en este Código.

Art. 128. La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurran los requisitos señalados en este capítulo.

Arts. 119 y 120. Mayor alcance que en estos artículos se da al subsiguiente matrimonio en la sentencia de 2 de junio de 1891 en caso de Cataluña. Un fraile exclaustrado de la orden de la Merced, médico más tarde, tuvo un hijo, fruto de unas relaciones con una soltera. El hijo en estas condiciones era *sacrílego*; mas por rescripto del Papa, seis años más tarde, se dispensó al exclaustrado sus votos de castidad y contrajo este matrimonio. Poco después murió la mujer y el exclaustrado contrajo segundas nupcias. Discutióse más tarde por la viuda la condición de dicho hijo, y se alegaba que no podía haberse legitimado por subsiguiente matrimonio a tenor del canon *Tanta*, cap. 6, tít. 17, lib. 4. Decretales, y una ley del Código de Justiniano, tít. 27, lib. 5; el párrafo 13 de la Instituta de *Nuptiis* y la Novela 89, pues que sólo podían ser legitimados los *hijos naturales* y no los otros ilegítimos. Mas el Tribunal Supremo admitió la legitimación, considerando que precisamente el canon *Tanta* declara que es tal la eficacia del matrimonio, que los engendrados antes, se tienen por legítimos después de contraído, no exceptuándose de la Constitución de Alejandro III, de la cual está tomado el canon, sino al hijo adulterino; y que la dispensa papal borró el vicio de origen en este caso.

CAPÍTULO IV

De los hijos ilegítimos

SECCIÓN PRIMERA

Del reconocimiento de los hijos naturales

Art. 129. El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por uno solo de ellos.

Art. 130. En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural, si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

Art. 131. El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.

Art. 132. Cuando el padre o la madre hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte a este precepto. Si a pesar de esta prohibición lo hicieren, incurrirán en una multa de 125 a 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelación.

Art. 133. El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.

Cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento o en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal.

El menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad.

Art. 134. El hijo natural reconocido tiene derecho:

1.º A llevar el apellido del que le reconoce.

2.º A recibir alimentos del mismo, conforme al art. 143.

3.º A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código.

Art. 135. El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.

Art. 136. La madre estará obligada a reconocer al hijo natural:

1.º Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Art. 137. Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes:

1.º Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.

2.º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo.

En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento.

Art. 138. El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119, o en el cual se haya faltado a las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique.

SECCIÓN II

De los demás hijos ilegítimos

Art. 139. Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al art. 143.

Art. 140. El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.º Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil.

2.º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Art. 141. Fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales.

HIJOS ILEGÍTIMOS.—Según el derecho canónico vigente en Cataluña y a tenor de las definiciones de los canonistas se considerará prole o filiación ilegítima, la que provino o nació de unión condenada o fornicación fuera de todo contrato matrimonial o aprobación de la Iglesia (1).

La clasificación de hijos ilegítimos adoptada en Cataluña es la del derecho canónico (2).

El hijo nacido de padres que al tiempo de su unión podían libremente casarse (*ex soluto genitus et soluta*) aunque no fuere de concubina, que el padre tenga en casa, es llamado hijo natural, pudiendo pasar a legítimo por el subsiguiente matrimonio de los padres y entrar en todos los derechos hereditarios. «Tanta es la fuerza del matrimonio, que los engendrados antes de él, después por el contrato matrimonial se tienen por legítimos», expresan las decretales (3), «pero sí el marido viviendo

(1) BOICH. *In quartum librum decret.* pág. 68.
(2) Decretales, lib. IV, tít. XVII. *Qui filii sint legitimi.*
(3) Idem, cap. 1 y 6.

su esposa conoció a otra mujer y de ella tuvo prole aunque después de muerta la esposa casase con aquélla, de todas suertes será espurio tal hijo y no entrará en la herencia, mayormente si alguno de los dos maquinó algo en la muerte de la esposa.»

No siempre imperó en nuestro derecho la definición canónica de que hijo natural era el nacido de padres que al tiempo de la concepción podían casarse: el derecho romano y más tarde los fueros locales tanto en los reinos de España como en Italia, admitían el estado legal del concubinato y los hijos de semejante familia, más o menos regular, eran los únicos en rigor tenidos por naturales (1). Hoy, dadas las actuales costumbres, el concepto de hijo natural procedente de un concubinato es insostenible, según se ha declarado en Sentencia de 16 de octubre de 1906.

El concilio de Trento, que en este orden de derechos como en otras muchas materias cambió radicalmente las costumbres medioevales, eliminó la condición de que los hijos naciesen de concubina para tener la calidad de naturales, desde el momento que condenó en absoluto el concubinato como institución, quedando los hijos de concubina fuera de aquella categoría (2). No es por ello aplicable a Cataluña la Novela 89, cap. 12, sino el derecho canónico, según Sentencia de 21 de marzo de 1867.

Ya que se trata de categorías, conviene recordar que por costumbre de Cataluña, acerca de cuya existencia están contestes los jurisconsultos catalanes, formaban los hijos ilegítimos como una adherencia de la familia, porque recuerdan que en nuestra tierra los bastardos «llevan el nombre, las armas y son de la familia de los padres y tienen su nobleza y como nobles son admitidos en la congregación de los nobles vulgarmente llamada *Braç Militar* y entran en las Cortes como sus

---

(1) Conciolo. *Statuta civitatis Eugubii*, obra comentada por el jurisconsulto ampurdanés Francisco Romaguera. Gerona 1685, pág. 393, I. Véase la institución del concubinato regulada en las Partidas, título 13, part. 4.ª

(2) *Conc. Tridentino*. Sesión 24, cap. VIII «Grave peccatum est, homines solutos concubinas habere; gravissimum vero, et in hujus magni sacramenti singularem contemptum admissum, uxoratos quoque in hoc damnationis statu vivere, ac audere eas quandoque domi, etiam cum uxoribus alere et retinere, etc., etc.»

Constantino emperador limitó ya la institución del concubinato prohibiéndolo a los casados. Código, lib. V, tit. 26, *De concubinis*.

padres» (1), y puede comprobarse, dice Fontanella en el libro de las *Constitucions* de las Cortes de 1599 en que figuran firmando muchos que eran ilegítimos (2); pero debe tenerse en cuenta que en las Cortes catalanas sólo los feudos y propiedades de los nobles (la soberanía de la tierra) y no la pureza de la sangre hidalga daba derecho a sentarse en el estamento o brazo militar (3).

Los hijos ilegítimos, aunque por costumbre se consideren unidos a la familia legítima en Cataluña, no se entienden llamados en modo alguno a la sucesión fideicomisaria ni con la palabra descendientes (4).

La forma de sucesión ab intestato de los hijos ilegítimos se regula en Cataluña por el derecho romano, en el cual la categoría de los naturales provino también de la institución del concubinato, porque en cuanto a la sucesión en los bienes de la madre si ésta fué concubina, de libre condición, y tuvo hijos con hombre libre, estos hijos naturales (lo que no sucede con los espurios o sea de padre incierto) la heredan juntamente con los legítimos (5). Abolida la institución del concubinato, en esta situación de derecho sucesorio quedan los hijos naturales en general: en cuanto a los bienes del padre, no tienen en Cataluña derecho a la cuarta legítima (véase al comentar el art. 12 la Sentencia de 13 de mayo de 1902), pero suceden a falta de descendientes y de cónyuge legítima en una sexta parte de la herencia (6). En cambio por la ley de mostrencos, que se quiere aplicar a Cataluña, vendrían antes que los colaterales de quinto grado.

Aparte de los derechos sucesorios que acaban de indicarse, la condición de hijo natural lleva en sí el derecho a usar el

---

(1) CORTIADA. *Decisiones senatus Cathaloniæ*, Lión, 1714, dec. 8, n.º 115, que cita en su apoyo a Vallseca, Calicio, Despujol, Ferrer, Xammar, Ripoll y Fontanella, todos tratadistas catalanes.

(2) FONTANELLA. *Decisiones*, dec. 292, n.º 27.

(3) COROLEU y PELLA. *Las Cortes catalanas* y también *Los fueros de Cataluña*. PELLA, *Llibertats y antich govern de Catalunya*.

(4) Alegato de don Miguel de Gilabert contra Alejo de Gelabert, año 1657, abogados Par y Vidal y Roca. Véase FUSARIO. *De Substitutionibus*, Venecia 1628 quest. 314, 332.

(5) Código *Ad Senatus cons. Orfitianum*, ley 5, lib. 6, tit. 57.

(6) Auténtica *Licet patri*, Código, lib. V. tít. 27 *de naturalibus liberis*. Novela 89. CANCER. *Var. Resol.* p. 1.º, cap. V, n.º 46.

apellido paterno o materno, a ser alimentado por los padres, alimentado en sentido lato, es decir, vestido, calzado, pago de médicos y medicinas y aun criados, que en ello se regula la abundancia de la prestación alimenticia por las riquezas del padre. Sin que el hijo natural pueda renunciar a este derecho, porque los alimentos son irrenunciables (1).

Los alimentos sin derecho a sucesión alguna es lo único que por piedad canónica corresponde a los hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos, comprendidos en la denominación general de espurios (2).

La familia natural unida a la legítima halló su mayor enemigo en las leyes y tradiciones feudales. El derecho feudal sostenía la pureza de la sangre en las sucesiones hasta el punto que excluyó en la sucesión del feudo al hijo adoptivo, y al natural, aunque reconocido, y legitimado (3): leyes y espíritu de otras épocas que arrollaron en Cataluña la familia natural; de aquí que no adquirió, por lo menos en el derecho civil, no así en el político, la importancia y extensión que en otras regiones no feudales de la Península ibérica.

Investigación de la paternidad

Art. 135 140 y 141. Con la publicación del Código civil español la materia de la paternidad y la filiación, porque viene comprendida en el título 5.º del libro 1.º, tal como lo regula no es obligatoria en todas las provincias del reino, y queda puesta en segundo término por lo que se refiere a Cataluña y las demás provincias y territorios en que subsiste derecho foral; de manera que sólo en el caso de que las Constituciones de Cataluña, el derecho romano, el derecho canónico y el consuetudinario se hallen en descubierto en cualquier extremo referente a derechos y obligaciones referentes a la paternidad

---

(1) TOUDUTI-SANLEGER (notable autor francés hijo de Aviñón) *Questiones et resolutiones civiles*. Lión 1689, par. 146 y 187.

(2) *Decretales*, lib. IV, tít. 7, *De eo qui duxit*, cap. 5.

(3) *Libro de los feudos*, lib. II, tít. 26, «Naturales filii, liceat postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur.»

y a la filiación, viene el aplicar los artículos del Código civil que en este título se contienen.

Estos años pasados un distinguido abogado de Barcelona, haciéndose cargo de la situación de nuestro derecho en este particular, emitió en la *Revista Jurídica de Cataluña* la idea de que no existía en el Principado la investigación de la paternidad, fundándose en el silencio de nuestro derecho indígena, *no menos que en el del romano y canónico.* ¿Era esto cierto? ¿Existe en Cataluña la investigación de la paternidad? ¿Debía clasificarse nuestra tierra entre las naciones como Holanda, Bélgica e Italia que no admiten la investigación de la paternidad, o al contrario, entre las naciones que la aceptan, entre las cuales se cuentan Austria, Francia, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos de América?

Merece realmente censura el Código civil español en cuanto ha seguido a los Códigos que prohiben la investigación de la paternidad no teniendo en cuenta la *tradición* romana, canónica y aun española; tampoco quiso acomodarse al espíritu moderno ni siquiera en bien de las mujeres de las clases obreras, víctimas de la seducción muchas veces del dinero, para las cuales la investigación de la paternidad es un arma de defensa.

Este punto del supuesto silencio de los derechos canónico y romano, que de ser cierto abrían la entrada del Código civil en Cataluña en este particular gravísimo, me propuse entonces dejar bien sentado y aclarado que no había tal, sino lo contrario; para ello me bastó hacer el siguiente inventario de leyes canónicas y romanas tocantes a la investigación de la paternidad.

Las decretales de Gregorio IX (1) establecen el juicio de investigación de la paternidad y preceptúan que debe respetarse el aserto de los padres que nieguen la filiación, a menos que por juicio y por testigos se pruebe lo contrario, *nisi certis et indiciis et testibus tibi constiterit filium esse*; y en otro capítulo (2) admiten el mismo juicio en un caso contrario. Tratan también (3) de

---

(1) Decretales, lib. 4.°, tit. 17, qui filii sint legitimi, cap. 3.
(2) Idem id. cap., 12.
(3) Idem, id. cap. 4.

un juicio de investigación de la paternidad de un hijo adulterino, y finalmente precisan nada menos y ordenan (1) que la tramitación del juicio de investigación de la paternidad corresponde a la jurisdicción eclesiástica, y de acuerdo con esto confirman otra vez la preferencia del juicio de natividad (*causa natalium*) en iguales circunstancias, en otro capítulo de las mismas Decretales (2).

Además, las Decretales (3) colocan entre las presunciones violentas la que se refiere al sabido juicio de Salomón sobre paternidad, y dan reglas para otro juicio de investigación de la paternidad en el título de las pruebas judiciales (4).

¿Y el derecho romano? El derecho romano, supletorio en segundo lugar en Cataluña, ordena en una ley (5) dictada por los emperadores Antonino y Vero, que en los juicios sobre la paternidad de los hijos deben considerarse toda clase de pruebas: testigos, cartas, etc., etc., y que aun contra la afirmación de la madre cabe el juicio; porque el derecho romano entendía que para la demostración de un acto tan grave como el estado de un individuo, su procedencia o su condición, debían admitirse toda clase pruebas (6). A esto pueden añadirse las reglas establecidas en el Digesto (7) para investigar la paternidad de un hijo adulterino en el caso de haber nacido de mujer casada en tiempo de ausencia o enfermedad del marido. El Código de Justiniano se ocupa también de otra investigación de la paternidad (8) y sienta el juicio de investigación de la paternidad como remedio a la mujer que después de larga cohabitación fué abandonada con sus hijos por el marido (9).

Séame permitida una digresión:

Francia, que en su Código napoleónico no admitió esta investigación, ha propuesto ya por dos veces en sus Cámaras fuese restablecida; y por fin lo ha logrado. Véase su nueva ley de 17

---

(1) Decretales, lib. 4.º, tít. 17, qui filii sint legitimi, cap. 5.
(2) Decretales lib. 2, tít. 10 de ordine cognitionum, cap. 3.
(3) Decretales lib. 2, tít. 23 de præsuntionibus, cap. 2.
(4) Decretales lib. 2, tít. 19 de *probationibus*, cap. 10.
(5) Digesto ley 29, lib. 22, tít. 3, *de probationibus*.
(6) Código ley 15, lib. 7, tít. 16 *de liberali causa*.
(7) Digesto ley 6, lib. 1.º, tít. 6 *de his qui sui vel alieni juris sunt*.
(8) Código ley 14, lib. 4, tít. 19 *de probationibus*.
(9) Novela 74, cap. 5.

Noviembre de 1912. Ya antes sus Tribunales, por medio de un ingenioso rodeo, admitían la investigación, cuando por parte de la mujer seducida se ejercitaba contra el seductor la acción de daños y perjuicios; admitiendo el ejercicio de tal acción sin reparo, se formó una jurisprudencia que burlaba la prohibición, llegando a la investigación de la paternidad de este modo indirecto en el pleito en que se discutían y probaban los daños y perjuicios causados con el nacimiento de un hijo.

A este propósito dice Cimbali que Francia, autora de la prohibición, «se reconoce hoy culpable de los dolores atroces ocasionados bien injustamente a tantas mujeres engañadas, a tantos hijos brutalmente abandonados», y es la primera que con levantado y noble pensamiento se muestra paladina de que sea otra vez restablecida la investigación de la paternidad (1), hasta que por fin la ha establecido de nuevo. Además, prevalecen por el número y grado de civilización las naciones que admiten la investigación de la paternidad sobre aquellas que la prohiben en sus Códigos (2), así como a favor de esta investigación están los más conspicuos jurisconsultos contemporáneos. La verdad es, como demuestran los autores y anotadores del Código de la República Argentina (3), que no hay argumento serio en apoyo de esa prohibición, la cual repito no rige todavía en Cataluña.

Anda atrasado en esta materia el Código civil español.

Establece (art. 135) que el padre viene obligado a reconocer el hijo suyo *natural:* 1.º cuando exista el reconocimiento en escrito indubitado; 2.º cuando el hijo se halle en posesión continua del estado de hijo natural justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. La investigación de la paternidad queda poco menos que excluída; pues se reduce a la prueba de los actos directos que a favor del hijo natural hicieran acaso el padre o sus parientes.

Los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales no podrán presentar, según el art. 141 del

---

(1) Cimbali. *La Nuova fase del diritto civile.* Turín, 1885, pág. 111.
(2) Id., pág. 106.
(3) Código civil de la República Argentina, Buenos Aires, 1890, pág. 58, artículo 325.

mismo Código, demanda alguna que directa *ni indirectamente* tenga por objeto investigar la paternidad», a menos que la paternidad o maternidad se infiera de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil o de un documento indubitado en que expresamente se reconozca la filiación (art. 140).

Si puede inferirse la condición de hijo de una sentencia civil firme, ésta debió basarse en pruebas e investigaciones; de lo contrario, contra todo orden procesal el fallo no se hallaría conforme a lo alegado y probado, y como se prohibe formular demanda en reclamación de la filiación aunque no sea directa y abiertamente, de aquí se sigue o que este caso no se ofrecerá jamás, o el Código admite la posibilidad de que en un pleito convenido o fingido sobre, por ejemplo, reclamación de bienes se logre arrancar de paso una declaración que fije o revele la paternidad del hijo ilegítimo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 abril de 1892 entendió que el Código al exigir un acto de parte del padre que demuestre serlo, evita el inconveniente que ofrece la investigación de la paternidad; que *es un misterio de la naturaleza*: pero el Supremo olvida que semejante secreto lo es en el orden fisiológico en cuanto a explicar cómo se anima el nuevo ser en el cuerpo de la madre, pero no en cuanto a quien provocó el acto de la generación, pues como no hay generación sin cópula, la investigación y el cúmulo de datos, noticias y hechos, y aun indicios de quien sea el hombre que tuvo cópula con la mujer que dió a luz el hijo, llegan a demostrar la paternidad presunta. Presunta digo, porque presunta al fin es la paternidad ilegítima, ni más ni menos que la paternidad legal del hijo de matrimonio legítimo *filium enim definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur* (1), o bien *quæ juxtas nuptias demostrant*. Es más, esta presunción de la paternidad legítima puede ser destruída, según derecho romano, y según el Código de Tortosa por otras presunciones como una enfermedad del padre que le impida cohabitar con la mujer o los achaques que le incapaciten para la generación, hacen presumir que el nacido en estas

(1) Ulpiano, ley 6 D. de his qui sui vel alieni juris sunt. lib. I, tit. 6.

condiciones en la casa no es hijo del padre de familia o sea del marido (1). (Código de Tortosa, lib. 6, cost. 6.)

Naturalmente que la prueba plena no es posible en este punto, *filiatio non potest plene probari*, según aforismo de los antiguos comentaristas, pero esto no autoriza para adelantarse hasta afirmar que la paternidad es un misterio de la naturaleza, y por medio de una curiosa confusión de especies envuelta en la sonoridad de esa frase, prohibir el derecho de investigación de la paternidad, y ni lágrimas, ni sangre, desarmen al legislador de su imperiosa negativa.

Tan fuera de razón considero el criterio cerrado de que por ese llamado misterio de la naturaleza no se admita la investigación de la paternidad, como la opinión de algunas Salas de justicia que en esta materia de relaciones ilícitas en que por el pudor social pasan a la sombra, exigen pruebas de tal modo directas y concluyentes, cual si se tratase de un negocio de comercio o de la prueba de un contrato; por esto en semejantes asuntos yo no vacilo en decir: hay que probar por medio del sistema de presunciones; las presunciones, que después de haber estado en vigor como sistema de prueba durante siglos en el procedimiento, no las admitió la ley de Enjuiciamiento civil, mas luego el Código civil muy cuerdamente las ha restablecido.

Al sistema de las presunciones me amparé en el siguiente pleito. D.ª A. C., soltera, en relaciones amorosas, que duraron algunos años, con D. Jaime R., viudo, y eran testimonio de las tales una interesante colección de cartas y los dichos de varios testigos, dió a luz a un niño, que fuera del país fué criado e inscrito como de padres desconocidos; aun le bautizaron con varios nombres, y entre ellos el de Jaime, nombre del padre. Este conjunto de noticias, que indicaban la presunta paternidad, se redondeó con haber D. Jaime R. cuidado del niño y haber muerto en la propia alcoba de D.ª A. cierta noche, a consecuencia de un ataque de apoplejía fulminante.

D.ª A. C. presentó demanda contra los herederos de D. Jaime R. en súplica de que se declarase al niño hijo natural

---

(1) Véase la ley de la nota anterior, y el artículo 108 del Código.

de aquél y se les condenase a satisfacerle alimentos. Así lo declaró el Juzgado, sacando su convicción del conjunto de las pruebas, testigos, documentos, fotografías, etc.; mas la Sala 2.ª de la Audiencia de Barcelona, en sentencia de 9 de abril de 1895 revocó la del Juzgado mostrando tener el convencimiento totalmente distinto. La gravedad de tan radical divergencia entre ambos tribunales subió de punto cuando se supo que el ponente y otro magistrado opinaban como el Juzgado y habían formulado voto particular separándose de sus compañeros.

Los magistrados, y entre ellos el *ponente* y por tanto quien debió pesar detenidamente al prueba aun en sus más insignificantes pormenores, formularon dicho voto aceptando todos los considerandos del Juzgado y estableciendo; que si bien el difunto D. J. R. no redactó ningún escrito en que expresamente reconociese como hijo suyo al niño Buenaventura *Jaime* ni éste se halla en posesión continua del estado de hijo natural del padre, que son los requisitos que señala el art. 135 del Código civil, *sin embargo el estado de derecho en Cataluña, no modificado ni suplido aquí por dicho Código, admite el reconocimiento tácito*; en lo cual estaban acordes los votos con la sentencia recurrida, pues ésta en el considerando 3.º *admitió que el reconocimiento expreso no es necesario en Cataluña.*

El Tribunal Supremo sin embargo no dió lugar al recurso que se entabló, pero fundó la negativa «en que los hechos señalados en el motivo 3.º como generadores de presunciones no tienen un enlace tan directo y preciso, según las reglas del criterio humano, con la deducción que pretende derivar el recurrente, que permita afirmar, como él mismo afirma, que al no estimarla se hayan infringido las leyes relativas al valor de la prueba que en dicho motivo se alegan».

Consideró, además, «que los referidos hechos no habían sido los únicos estimados por la Sala sentenciadora sino también otros que los explican, completan o contradicen, en términos de producir por su concordancia y relación con aquéllos el convencimiento racional que sirve de base a la resolución recurrida, lo cual no puede significar infracción alguna de las mencionadas leyes relativas a la prueba que sirven de fundamento a los tres primeros motivos».

Por esta sentencia, que fué dictada en 18 de junio de 1896 (*Gaceta* de 30 de septiembre) se reconoce: 1.º la existencia de la investigación de la paternidad en pleno vigor en el derecho de Cataluña y 2.º la aplicación del sistema de las presunciones en los pleitos en que ella se trate.

En otra sentencia, la de 26 de marzo de 1904, el Tribunal Supremo eludió hacer declaración acerca la investigación de la paternidad en Cataluña, suponiendo al hijo en posesión del estado de hijo natural; pero en cambio en otra sentencia dictada un año después, o sea en 6 de abril de 1905, admitió también el reconocimiento de la paternidad en Cataluña, en contra del recurrente, que alegaba como infringido el art. 135 del código civil, y dijo en el primer considerando «que por tratarse de derechos para cuya regulación es preciso, en primer término, acudir a la legislación vigente en Cataluña, es forzoso descartar las infracciones alegadas en el segundo motivo del recurso referentes al art. 135 del Código y jurisprudencia con él relacionada para resolver no si los hechos que el tribunal sentenciador estima probados constituyen posesión de estado de hijo natural del expresado niño con relación a su presunto padre, sino solamente si éste reconoció por modo indudable que tal niño fuese con efecto hijo suyo, a tenor de lo prescrito en el derecho canónico aplicable a Cataluña;» y en segundo lugar consideró que el mero reconocimiento tácito del padre con relación a su hijo, puede acreditarse por elementos de prueba de los admisibles en derecho y entre ellos por el de testigos.

Apéndice I

Sentido de las palabras hijos, liberos, suyos, sucesores, en derecho catalán

Por extensión, con el nombre de *hijos* se entienden designados algunas veces los nietos en Cataluña, según uso constante

que acreditan nuestros antiguos comentaristas (1). Conviene saber, sin embargo, que discrepa en este particular don Luis de Peguera (2), pero al negar que en términos generales con nombre de hijos propiamente vengan comprendidos los nietos, busca la autoridad de algunos textos del Digesto en que apoyar su negativa (leyes 6 y 16 D., *De testamentaria tutela*, lib. 26, tít. 2 y ley *De excusationibus tutorum*, lib. 27, tít. 14), de los cuales el único un tanto expresivo y pertinente es el de la ley 6 *De test. tut*,. que literalmente dice, traducido: «¿Qué sucederá si hay nietos? (hace referencia a la ley anterior del caso de un testador que dió tutor a sus *hijos e hijas*, con lo cual se comprendió la hija póstuma). ¿Con el nombre de hijos se entenderá habérseles dado tutor? Parece es más razón que también se les ha dado, *como si hubiese dicho liberos*.»

Precisamente en esta palabra se halla la distinción de casos. *Liberos* (palabra latina, por cierto usada en Cataluña en muchos testamentos), representa el género que abarcaba todo los que estaban bajo la familia romana y eran libres; esta palabra comprendía todos los descendientes: *liberorum apellatione nepotes et pronepotes cæterisque qui ex his descendunt* (3) y en el caso del nombramiento de tutor, hecho en testamento, el nombre de *hijos* se equiparaba por completo al de *liberos*. La cita, pues, de don Luis de Peguera, resulta impertinente. Completan este concepto de que con la palabra hijos en términos generales van comprendidos los nietos, las leyes 201 y 220 de *Verborum significatione* del Digesto (lib. 50, tít. 16), la primera dando por justa interpretación la de que el nombre de hijos así como contiene la hija de familia también comprende a los nietos, y con el nombre de padre se entiende también el abuelo; y la segunda recuerda que *liberos* era palabra que indicaba los nietos, biznietos y demás descendientes, o sea los *suyos* según derecho primitivo de las doce tablas. El Tribunal Supremo en varias sentencias ha declarado que según las leyes ro-

(1) CANCER. *Var. Resol.*, parte 3.ª, cap. 21, n.º 279 y 280. FONTANELLA. *Decisiones*, dec. 584, n.º 6 y siguientes.

(2) *Decisiones aurææ in actu practico frecuentes ex variis sacri regii consilii Cathaloniæ conclusionibus collectæ*. Barcelona, 1650. Dec. 163.

(3) Ley 220, lib. 50, tít. 16, *de verborum significatione*.

manas vigentes en Cataluña, bajo la denominación de hijos se comprenden también los nietos y descendientes (S. de 23 de abril de 1864, 14 de octubre de 1867, 26 de febrero de 1870 y otras).

SUYOS. SEUS—El concepto romano de la familia, resulta en la palabra *seus* o *suyos* y se hallará arraigado en Cataluña aun si se observa el modo vulgar de expresarse en catalán en estas materias, y más si se alarga el discurso a otras épocas en las cuales los documentos notariales lo emplean con exceso, y las lápidas sepulcrales lo publican todavía, por ejemplo: *Vas de N. N. y dels seus*, que se lee en las losas funerarias de los templos y cementerios catalanes.

En cuanto a emplear con exceso, y ciertamente extraordinario, los antiguos notarios la palabra *suyos*, que no había venta en que no se vendiese para el comprador y los suyos, ni cesión que no se cediera al cesionario y los suyos, y así los demás contratos, ni reconocimiento que no fuese a *vos* y los *vuestros*, se molesta y enoja Fontanella contra tales formularios, que dice son la perturbación de la república (1), dado que los hijos ni demás herederos adquieren por tal mención de *suyos* derecho alguno.

Digo que no adquieren los hijos *ni demás herederos*, porque con el nombre de *suyos* (*seus* en catalán) creían los jurisconsultos catalanes que en punto a sucesiones la interpretación resultaba todavía más lata, pues alcanzaba a todos los sucesores ab intestato (2).

En esto se separaban del derecho romano, pues Justiniano (Instituta lib. 2, tít. 19, § 2 y lib. 3, tít. 1, § 2) aplica el nombre *suyos* a los que estaban bajo la potestad del padre por el dominio quiritario, discurriendo largamente Vinnio cuando la palabra *suyos* debe entenderse en sentido vulgar o en sentido jurídico; (3) son cosas y casos difíciles de reducir a la práctica, pero que revelan la imagen de la familia romana, la cual modificaron

---

(1) Decisión 55, n.º 10.
(2) CANCER. *Var. Resol.* p. 3.º cap. 20, n.º 399.
(3) VINNIO. *Institutionum imperialium commentarius*, lib. 2, tít. 19.

las costumbres feudales y el cristianismo; conque la aplicación del derecho romano puro no es posible. Esta modificación parece la introdujo en Cataluña la influencia francesa: las decisiones del parlamento de Francia, no menos que las de la curia romana, sancionaron esta novedad (1), mejor dicho aplicaron el derecho romano en la única forma posible cuando ya había desaparecido la potestad paterna absoluta de que el hijo era una propiedad *suya* del padre.

Formóse a esta sazón el concepto jurídico que distingue cuando la palabra *suyos* figura en un contrato, como por ejemplo una venta, unos capítulos matrimoniales, y cuando se lee en un testamento; en el primer caso la palabrá *suyos* se refiere a los sucesores que llevan la sangre del testador (sucesores *legítimos* en el intestato regular), lo cual tal vez procede del derecho feudal que prohibía al vasallo ceder el feudo en testamento a herederos extraños (2) y en el segundo caso la palabra *suyos*, por el principio de que han de interpretarse estrictamente, se consideraban llamados aun los herederos extraños no parientes, porque realmente las palabras *herederos suyos* gramaticalmente significan herederos de cualquier clase que fuesen nombrados por el testador.

Por cuanto acabo de explicar, se ocurre que en este como en muchos otros particulares del derecho catalán, flota la idea, de que la propiedad inmueble se consideraba siempre familiar, propietaria la comunidad doméstica de los padres, los hijos, los nietos, los de la sangre, no propiamente el individuo; de aquí las locuciones vulgares en Cataluña: «esta finca es nuestra», etc.; «lo nuestro», etc.; aun cuando habla el propietario único de ella como suponiendo en el dominio él y *los suyos*. De semejante manera de apreciar o sentir la propiedad pudieron tener razón de ser aquellos formularios notariales en que suyos y vuestros suenan como sin sentido jurídico y que eran una pesadilla para el insigne Fontanella.

En las donaciones que los padres hacen a los hijos en capítulos matrimoniales, la palabra *suyos* (*seus*) debe entenderse

---

(1) FONTANELLA. *Dicisiones*, dec. 55.
(2) ZASSIO. *In jus feudorum epitome*. Basilea, 1546. *De feudi successione*, pág. 62.

como si fuese en última voluntad (1), y por ello así como en el testamento comprende a los herederos de la sangre, esto es, primero los descendientes, después los colaterales (2).

Sucesores.—La palabra *sucesores* no siempre indica los universales, sino los particulares o singulares, como por ejemplo en la cosa vendida. Por lo regular, *sucesores* se entiende los universales (3). Es decir que en caso de duda se entiende el sucesor universal, según Bártolo, Pablo de Castro y otros; pero muchas veces son los sucesores singulares *in re* cuando la materia lo pide o las conjeturas lo persuaden (4).

Finalmente, en opinión de Baldo, no puede decirse el sucesor una misma persona, como el heredero, con el difunto.

(1) TONDUCTO DE SANLEGER. *Quæstiones civiles*, cap. 55, n.º 7. CANCER. *Var. Resol.*, cap. 8, n.º 109, part. 1.ª

(2) PABLO DE CASTRO. *Consiliorum*, Lion 1546. Cons. 374, n.º 4, Parte 1.ª y con. 404, n.º 1.

(3) D. Ley 9, § nihil interrest, lib. 2, tít. 13 de edendo PEREGRINO. *De fideicommissi*, art. 32, n.º 84, FUSARIO. *De substitutionibus quæst.* 341, en la *qüest.* 339 dice que la palabra *sucesor* importa sólo sucesión de bienes.

(4) PARIS. *Consiliorum*, Francfort, 1590. vol. 4, con. 46, n.º 10 y 11, FONTANELLA, el. 4, gl. 9, p. 4, n.º 8, 107, 108 y 111.

TÍTULO VI

De los alimentos entre parientes

Art. 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

Art. 143. Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.º Los cónyuges.

2.º Los ascendientes y descendientes legítimos.

3.º Los padres y los hijos legítimos por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos.

4.º Los padres y los hijos naturales reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos.

Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados a costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

Los hermanos deben también a sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos o consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico o moral, o por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

Art. 144. La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1.º Al cónyuge.

2.º A los descendientes del grado más próximo.

3.º A los ascendientes, también del grado más próximo.

4.º A los hermanos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

Art. 145. Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación

de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél.

Art. 146. La cantidad de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del art. 143, será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Art. 147. Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Art. 148. La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

Art. 149. El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Art. 150. La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

Art. 151. No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.

Art. 152. Cesará también la obligación de dar alimentos;

1.º Por muerte del alimentista.

2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Art. 153. Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.

Art. 142. El derecho catalán, o sean las disposiciones de varias leyes romanas, concuerda con la primera parte de este artículo. No puede decirse lo mismo de la segunda parte, en cuanto a determinar que los «alimentos comprenden también la educación e *instrucción del alimentista cuando es menor de edad*».

Para mayor aclaración de este punto conviene precisar que en derecho romano una cosa son los alimentos debidos por razón de familia (*jure sanguinis*) y otra los que se reclamaran por acción nacida de un contrato o de un legado; en estos últimos se comprende por alimentos sólo el sustento del cuerpo (*alere*) el vestido y la habitación, no la educación (*disciplina*) (1). En uno y otro caso la pobreza del alimentista es el motivo de los alimentos (2).

Y cuando los alimentos se deben por parentesco, aun se duda si a más de la comida, vestido y habitación va unida la obligación de dar al alimentista la *educación y la instrucción*, y sobre todo el alcance que tengan en este caso tales palabras: con lo cual hay en el fondo discrepancia con la definición del Código.

La verdad es que sólo refiriéndose a las tutelas el derecho romano da una interpretación extensiva al concepto de alimentos; pero aquí es necesario fijarse en que es distinto el caso de cuando se trata de alimentos prestados por un padre o un

---

(1) Digesto, ley 6, lib. 34, tit. 1, *De alimentis vel cibariis legatis*. «Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: *cætera, quæ ad disciplinam pertinent, legato non continentur.*»

(2) Melio, *Additiones et observationes ad Castillum de alimentis*. Lion, 1677, cap. 1.

hermano o cuando se dan en méritos en una tutela: en el primer caso el tutor gasta para alimentos de los mismos bienes del menor, en el segundo se pagan de bienes ajenos al menor.

Por lo que se refiere a alimentos en la tutela, en la ley 6, lib. 37, tít. 10 *de Carbonniano edicto*, se dice que no solamente se le deben prestar alimentos al pupilo, sino que también habrá que gastar en los estudios y en los demás gastos *necesarios* con arreglo a la cuantía de los bienes (*in studia et in cæteras necessarias impensas*) y además en la ley 12, párrafo 3, lib. 26, tít. 7 *de administratione et periculo tutorum* del Digesto, se recuerda que «el tutor se nombra no solamente para los bienes sino también para las costumbres del pupilo, y por lo mismo debe pagar las retribuciones de los preceptores, no las más pequeñas que pudiera, sino con arreglo a las facultades del patrimonio y a la dignidad del nacimiento».

De estas leyes de la tutela se ha querido sacar aplicación para todos los casos de alimentos debidos por parentesco, por los comentaristas, los cuales entienden que por piedad, y como consecuencia del vínculo de familia, deben darse al hijo, al hermano, etc., alimentista, a más de la comida, el vestido y habitación, la instrucción *necesaria*, es decir, la indispensable para la vida, no una carrera ni estudios superiores, lo cual no es en absoluto necesario, y todo esto en relación con la posición social de la familia haciendo aplicación de las leyes citadas (1).

La limitación final de este artículo de que la *educación e instrucción* del alimentista será durante su menor edad, no resuelve por otra parte el problema de qué clase de enseñanza y educación debe prestarse, por ser posibles y aun corrientes no

---

(1) SURDO, *Tractatus de alimentis*. Venecia, 1594, tít. 4, quæstio 6. BARBOSA, *De appellativa verborum utriusque juris significatione*. Lion. 1631, palabra *alimenta* este jurisconsulto portugués sostiene que con la palabra alimentos se comprenden el calzado, las medicinas y lo demás necesario a la vida, como leña para calentarse, y aun el salario de criados que sirvan al alimentista en caso de gran dignidad de éste. GARCÍA DE SAAVEDRA, jurisconsulto gallego, en su obra *De expensis et meliorationibus*, Lion, 1671, cap. 3, da por sentado que la enseñanza que el padre viene obligado a dar en cuestión de alimentos, es la elemental y, en parte, lo que hoy se llama segunda enseñanza, siempre siguiendo el concepto de *necesaria*: así dice lo era la enseñanza del latín en su tiempo.

CANCER hace aplicación de la palabra alimentos en sentido estricto. *Var. Resol.*, p. 1, cap. 16, párrafo último.

sólo la primera y segunda enseñanza sino los estudios superiores, las carreras y toda suerte de educación y enseñanzas en el espacio de la menor edad.

Art. 143. Si bien se considera la organización de la familia en Cataluña y otras regiones pirenaicas, según se explicó en los elementos constitutivos de nuestro derecho (véase págs. 33, 34, 35, 36) de la sociedad de individuos unidos, no sólo por la sangre sino por el patrimonio familiar y la vida común en una casa, deriva la obligación de recibir alimentos tales individuos que la sociedad familiar componen. Sin que haya ley que lo diga en textos escritos, lo proclama en Cataluña la costumbre (1).

Y si se objeta que en el derecho actual, como en el romano, de hecho esto mismo resulta cuando se reconoce la obligación de alimentos entre cónyuges, entre ascendientes y descendientes y entre hermanos; y se añade que sólo en el campo encontramos el tipo jurídico ideal de familia catalana, pocas veces en las ciudades, diré que en esta como en otras instituciones consuetudinarias seculares el trabajo ímprobo, y podría añadirse el desacierto, de los juristas, consistió en amoldar violentamente el derecho consuetudinario al derecho clásico, motivando mixtificaciones, obscuridad y desorden; y por lo que respecta al tipo jurídico ideal de familia, bien que borroso en las ciudades y grandes centros de población, continúa, sin embargo, mucho más de lo que una observación superficial descubre, en la mayor parte de nuestras comarcas.

El marido jefe de familia debe prestar alimentos a sus hijos e hijas y a su mujer. Este es el principio general y es de aplicación recíproca (2).

---

(1) A imagen de la familia en la sociedad feudal catalana el vasallo debía dar alimentos al señor puesto en necesidad. *Const. de Cat.*, ley 43, lib. 4, tit. 30, vol. 1.

(2) Código, lib. 5, tit. 61, *De bon. quæ lib.*, ley ult., § 5. Digesto, lib. 25, tit. 3, *de agn. et alend. liberis*, leyes 4 y 5 § 2. La mujer a falta del marido si alimentó a los hijos podrá recobrar en los bienes del marido lo que gastó para alimentos. Digesto, párrafo 14, de esta última ley 5, en la cual además se establece la obligación de los hijos de alimentar a sus padres y demás descendientes: además, la obligación se extiende a los ascendientes, abuelos y bisabuelos.

Nada dispone el derecho catalán sobre litis expensas, pero Fontanella dice que mientras dura el pleito entre marido y mujer el marido debe mantenerla, y en este sentido falló la antigua Audiencia en 19 Octubre de 1583 y 14 Diciembre de 1611. MASPONS. *Nostre dret familiar*, Barcelona, 1907, págs. 77 y 78.

En cuanto a los alimentos entre cónyuges, se reconoce en Cataluña esta obligación aunque la mujer no haya aportado dote, y es consecuencia de la protección que recíprocamente se deben los esposos (1). En el año de luto y en la tenuta, en cuanto a la mujer viuda, se prestan alimentos, como se verá en su lugar de esta obra. (Constituciones de Cat., tít. 3, lib. 5, vol. 1.)

Respecto a los alimentos entre ascendientes y descendientes, nuestro derecho se completa con ciertas disposiciones, a saber: viene obligada la madre a alimentar a los hijos menores de tres años; en los años sucesivos es el padre el obligado y sólo en segundo término la madre, y después los abuelos (2).

También en la categoría de hijos ilegítimos existe la obligación por parte de padres y abuelos de alimentar a los naturales, y a los demás ilegítimos sean de la clase que fueren (3). Resultaría una pena para tales hijos no alimentarlos y sin culpa por su parte (4).

En esta clase de obligaciones sobre prestación de alimentos entre ascendientes y descendientes, falló el Tribunal Supremo en 26 de mayo de 1908 un singularísimo caso procedente de Cataluña. Reclamó una madre pobre alimentos a su hija, casada con marido rico. En contra alegó el marido que él era exclusivo dueño de sus bienes y de los conyugales y no tenía obligación de abonar alimentos a la suegra; y que en cuanto a su mujer, ésta nada poseía, porque los bienes que tuvo en otro tiempo los había aportado al matrimonio en concepto de dote estimada y habían pasado, por lo tanto, a ser también propiedad del marido. Mas el Tribunal consideró «que si bien el dominio de la dote estimada se transfiere al marido, y sus productos

---

(1) FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, Cl. 6, gl. 2, p. 3.

(2) Véase BROCÁ Y AMELL. *Inst. del derecho civil catalán* párrafo 43 apoyándose en CANCER y la Novela 117, cap. 7 y la sentencia de 12 de Febrero de 1872. Sin embargo, dicho capítulo de la Novela, fué dictado para una regulación más amplia en el caso de separación de los cónyuges por divorcio, estableciendo que los hijos serán llamados a la herencia de sus padres y alimentados con los bienes de éstos, y si la madre fué inocente y *no pasó a segundas nupcias*, serán alimentados en casa de ellos a expensas del padre. Si fuera rica la madre y pobre el padre, debe alimentarlos la madre. Finalmente preceptúa en términos generales que lo dispuesto respecto a los hijos indigentes y a la madre que deba ser alimentada tenga validez también en cuanto *a todos los ascendientes y descendientes* de uno y otro sexo.

(3) Decretales, lib. 4, tít. 7, cap. 5.º

(4) VOET. *Com. alla Pandette*, lin. 25, tít. 3, párrafo 5.

se hallan destinados a sostener las cargas del matrimonio, tanto por la legislación romana aplicable a Cataluña como derecho supletorio, como por el Código civil, no puede desconocerse que, permaneciendo en el matrimonio los bienes de dicha dote, y siendo en todo caso el marido deudor del precio, no debe estimarse a la mujer desposeída en absoluto de los mismos para el efecto de que se trata, según el sentido de la ley 73, título 3, libro 23 del Digesto, a tenor de la cual se puede durante el matrimonio, volver la dote por aquellas causas en que no la pierde la mujer, entre las cuales se expresa la de alimentar a sus ascendientes».

Bastaba, además, en este caso, considerar que la obligación natural de prestar alimentos nace, conforme dije al empezar este comentario, del vínculo de familia, dentro de cuyo cuerpo y solidaridad estaban comprendidos la hija y su marido, mucho más dada la organización familiar catalana, con independencia de la cuestión de los bienes y su origen cualquiera que fuese y las transformaciones sufridas. Hay que dar a ciertos hechos, como la emancipación del hijo o hija por causa de matrimonio separándose de los padres, un valor insignificante; pues a pesar de ellos continúa la unión de la sangre, sino la patria potestad la autoridad paterna, y en Cataluña la solidaridad de todos en la casa y patrimonio familiar del cual todos los hijos e hijas mediante la institución del fideicomiso catalán suelen ser comúnmente substitutos del heredero.

Estas consideraciones toman mayor realce con motivo del derecho de alimentos a favor de los hermanos, cuyo derecho ningún texto romano ni canónico ni indígena, que yo sepa, abona, y sin embargo ha revestido aquí tal derecho importancia extraordinaria, reconociéndose por costumbre que los hermanos, que muertos los padres continúan viviendo al lado del heredero y trabajando a utilidad de la casa deben recibir alimentos, aun por derecho propio cuando no son pactados en capítulos ni legados en testamento, y mientras «no saquen el derecho de la casa» (no *treguin el dret de la casa*) que el romanismo ha convertido en la legítima, cuyos intereses se compensan con los alimentos que reciben. Suelen recibir más los hijos legítimarios, que suelen ser substitutos fideicomisarios del heredero,

suelen recibir tierras y rebaños, y a veces enfamilia industrial ciertas participaciones o número de telares, cuyas cargas de cultivo y contribuciones paga el heredero (1).

Esta situación legal y este derecho de los hermanos legitimarios que viven con el heredero respetada fielmente en Cataluña, por fin fué reconocida plenamente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 1888, con el siguiente notable considerando, fallando un interesante pleito procedente de Vilafranca del Panadés:

«Considerando que la Sala, al fijar que el percibo de frutos o de intereses debe contarse desde que se separaron los legitimarios de la casa paterna, y no desde el fallecimiento del padre, no infringe las leyes anteriormente citadas, porque la Sala no desconoce el derecho de los hijos a la cuarta parte del haber divisible con los frutos e intereses, sino que aprecia rectamente las consecuencias de ese mismo derecho con relación a la legítima que siendo una limitación por la ley impuesta al testador, es a la vez el medio de proveer a la subsistencia de los sucesores, naciendo de ella derechos y deberes recíprocos, o sea el derecho a los alimentos, mientras permanezcan en la casa y trabajar para la misma en las propias condiciones en que vivieron con el padre; y al suministrarlos el heredero y no reclamarle los hermanos la legítima, demostraron que aceptaban la vida en común como medio de estrechar los vínculos de la sangre, pues a no estimarlo conveniente, libres eran para la separación, y en este concepto ni cabe reclamación de alimentos ni abono de frutos, porque desde luego quedaba saldada toda cuenta atendida la causa que motivaba la reunión de la familia, respetada por la voluntad de los mismos herederos, a la que se ha ajustado el fallo recurrido, reconociendo al propio tiempo el derecho a frutos o intereses desde la separación de la familia.»

El hijo heredero mientras delibera si aceptará la herencia y hace inventario puede tomar de la herencia lo necesario

(1) Se encontrará mención de esta costumbre en los Resultandos de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Véase por ejemplo las de 11 Abril de 1887 y 12 de Abril de 1913.

para sus alimentos, y como consecuencia para cumplir la obligación con sus hermanos (ley 9 Digesto, lib. 28, tít. 8, *de jure deliberandi*).

La compensación de interés de la legítima con los alimentos recibidos en la casa se ha declarado en muchas sentencias (20 de junio 1868, 3 de febrero de 1883, 3 y 11 de abril de 1887, 26 de marzo de 1888 y 29 abril de 1889), como en otro tiempo también declaró la antigua Audiencia de Cataluña (1).

Además de haber quedado bien establecida la compensación de alimentos por intereses de la legítima, se ha pretendido que ella interrumpía la prescripción de 30 años para reclamar ésta (2).

Art. 149. Este artículo debe aplicarse en Cataluña «por haber venido a substituir al 78 de la ley de Matrimonio civil, en el que con alguna restricción se le concede la opción... que sólo podía cesar por existencia de una causa justificada que hiciese moralmente imposible la permanencia del alimentista en la casa del obligado a prestar los alimentos». Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 1897.

La opción no es un derecho absoluto e infalible, sino que se halla subordinado a la doble condición de que el deudor por tal concepto tenga casa o domicilio propio, y de que no exista estorbo alguno legal o moral para que el alimentista se traslade a ella (Sentencia 5 de Junio 1901) y es obstáculo cuando siendo el abuelo el obligado a prestar alimentos a los nietos, se pretende separarlos de la madre (Sentencia 25 noviembre de 1899.)

Art. 150. No es de aplicación a nuestro derecho. Casó en 26 de marzo de 1904 el Tribunal Supremo una sentencia en que se daban por extinguidos en virtud de este artículo unos alimentos por la muerte del obligado a darlos a un hijo natural,

---

(1) CANCER. *Var. Resol.* P. 1, cap. 3, n.º 56. En sus comentarios, VOET, lib. 5, tít. 2, n.º 65, explicó también semejante compensación.

(2) Sentencia de 12 Abril de 1913. En este pleito sostuve que la *compensación* que se efectúa de pleno derecho y aun sin conocerla las partes (artículo 1202 del Código) no es el acto personal llamado *reconocimiento* que interrumpe la prescripción. El Tribunal se apartó de este terreno y declaró prescrita la legítima, como pretendíamos, considerando que en el caso de los autos los alimentos se habían prestado por disposición testamentaria del padre y no por posesión y disfrute de la legítima.

y tuvo en consideración que en Cataluña, «en donde por no tener esta clase de hijos, cuando concurren con legítimos, derechos sucesorios, la obligación del padre se transmite a sus herederos como carga de la sucesión, a tenor del párrafo 6, capítulo 12, Novela 89 del emperador Justiniano (1), que forma parte integrante del derecho civil de Cataluña». Además, según el párrafo 17, ley 5, Dig., lib. 25, tít. 3, los herederos del hijo que prestaba alimentos al padre *deben seguir* en la obligación en caso de suma miseria de éste (*summam egestatem*).

Art. 151. En pleito de Cataluña hizo el Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de febrero de 1903) una aclaración al privilegio de que goza el derecho de alimentos sobre compensaciones de créditos, en el sentido de que el alimentante puede embargar parte de una pensión alimenticia para cobrarse cantidades que le adeude el alimentista, porque lo que el artículo 151 prohibe es que a título de compensación se pueda extinguir la obligación de prestar los alimentos, pero viviendo ésta aunque más reducida, no hay obstáculo a que el alimentante haga lo que otro acreedor cualquiera.

Art. 152. Es tan estrecha la obligación de alimentos entre ascendientes y descendientes, que aun en el caso de haber recibido el hijo bienes con que mantenerse, mas después los perdió por desgracia, no quedan libres el padre o el abuelo de la obligación, y recíprocamente la mala conducta de los padres no excusa a los hijos de prestarles alimentos, «porque aunque sea infractor de las leyes, es sin embargo padre» (2).

Cesa la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos en caso de manifiesta ingratitud del hijo (3) o cuando éste se halle rico o con oficio bastante para alimentarse (4).

Cesa también en cuanto a los hermanos por la mala conducta del alimentista, cuando el estado de penuria ha sobrevenido por su mal comportamiento (5).

---

(1) Dice «filios autem naturales de defuncta concubina sibi natos et illi alantur eius successoribus.

(2) Novella 12, cap. 2 de Justiniano.

(3) Código lib. 5, tit. 25, *De alend. liberis et parent.*, ley 4. Novela 115, cap. 3 y 4.

(4) Digesto lib. 25, tit. 3, *De agn. et alend. liberis*, ley 5, § 7 y varias Sentencias del Tribunal Supremo.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 Diciembre de 1902.

Art. 153. Ya en otra parte, al comentar el artículo 142, se indicó que en los alimentos cuyo derecho procede de un legado o de un pacto, se comprende sólo la comida, el vestido y la habitación, pero no la educación e instrucción (D., ley 6, lib. 34, tít. 1, *De alimentis vel cibariis legatis*). Tampoco serán aplicables dichos artículos en los otros casos de diferenciación explicados.

Por lo demás, suele el concepto de alimentos pactados en capítulos matrimoniales en Cataluña, venir especificado en la fórmula de «calzar, vestir y alimentación tanto sanos como enfermos», etc.

El Tribunal Supremo, en pleito de Cataluña, declaró en 15 de Noviembre de 1900 que son inaplicables los artículos 148 y 153, cuando no se trata de presentación de alimentos entre personas legalmente obligadas a suministrarlos, sino del cumplimiento de un contrato a cuyas cláusulas hay que atenerse.

TÍTULO VII

De la patria potestad

CAPÍTULO PRIMERO

Disposición general

Art. 154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.

CAPITULO II

Efectos de la patria potestad respecto a las personas

Art. 155. El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Art. 156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxlilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el V.º B.º del Juez, para que la detención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos.

Art. 157. Si el padre o la madre hubiesen pasado a segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá, en comparecencia personal, al hijo y decretará o denegará la detención sin ulterior recurso. Esto mismo se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo u oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.

Art. 158. El padre, y en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno.

De la patria potestad

Arts. 154 y 156. Publicóse el Código civil ya alterada y maltrecha la institución de la patria potestad catalana por la ley de Matrimonio civil. Esta ley, aunque salvaba los fueros y especialidades regionales, fué en mal hora que algunos se empeñaran en el foro y en la academia en sostener que aquí regía; conque la aplicaron los tribunales, estableciendo costumbre jurídica, y modificaron, con aplicarla, el poder paterno en Cataluña; el Código ha repetido los preceptos de aquella ley, y esta es la razón porque en este título que trata de la patria potestad ha quedado muy reducida la especialidad catalana, y se ha introducido la patria potestad de las madres, antes aquí desconocida. Son el derecho al respeto y sumisión, la facultad de castigar moderadamente, atributos primordiales de la patria potestad (arts. 154 y 155, párrafo 2.º) y para hacerlos eficaces un medio: el que reconoce a los padres el art. 156; el cual medio proviene directamente del derecho romano en época en que el rigor primitivo de la autoridad paterna fué templado por el cristianismo (1), cristalizando en las disposiciones de Justiniano (2), parecidas a las del Código civil de

(1) TROPLONG. *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains.* Paris, 1843, pág. 261.

(2) C. *De patria potestate*, lib. 8, tít. 48, leyes 3 y 4.

España, o mejor dicho el Código sólo ha introducido el procedimiento para llevarlas a la práctica (1).

A esto queda reducida la patria potestad sobre el hijo menor en cuanto toca a su persona. Hay que ver luego en lo que se refiere a sus bienes.

El hijo menor en Cataluña debe vivir en la casa paterna; sólo en caso de recibir malos tratos en ella, consideran los autores catalanes cabe se traslade a otro domicilio (2).

Un privilegio de Barcelona, y por tanto derecho especial de esta ciudad y de aquellas villas y ciudades calle y miembro con extensión de su legislación especial, reconoce en los padres el derecho de privar de la herencia al hijo que desobedeciendo la voluntad paterna ingrese en religión. Forma este privilegio en la serie de disposiciones, que en sus impulsos de reformador dictó Jaime I, encaminadas a robustecer la autoridad en la familia catalana (véase las Constituciones *De sposalles y matrimonis*, lib. 5, tít. I, vol. I, y otras) y traducido al castellano dice: «Damos y concedemos a vosotros y a los vuestros perpetuamente y así bien estatuimos que si algún hombre o mujer viviendo su padre entrase en alguna orden religiosa sin consentimiento de sus padres, desde entonces se considere como muerto; de modo que la orden en que entrase no pueda cosa alguna en concepto de legítima o herencia del mismo pedir ni haber; y si acaso alguno o alguna, muerto su padre y su madre, hiciese algo de lo dicho, los bienes del mismo vuelvan libres a aquellos a quienes fueron vinculados o a los próximos parientes del mismo» (3).

Parece que la aplicación de este privilegio dió ocasión a un pleito empeñadísimo en tiempo de Fontanella y Cancer con el monasterio de Vall de Ebrón junto a Barcelona. Se quiso confundir en ese litigio famoso el texto de esta disposición legal, en la

---

(1) BORRELL. *El Còdic civil a Catalunya*, pág. 264.

(2) MASPONS Y ANGLASELL. *Nostre dret familiar*. Barcelona, 1907, pág. 90, citando a Peguera, Mieres y Fontanella. En otra obra del mismo autor, *Questions civils*, Barcelona, 1913, pág. 30, se traduce la decisión 97 de las de Peguera o sea el fallo de la antigua Audiencia, dando lugar a la reclamación de una nieta por su abuela por los malos tratos del padre y la madrastra.

(3) Const. de Cat., vol. 2, lib. I, tít. VI.

forma que relata Vives (1), que por lo demás se nos antoja es sobradamente clara, a saber: en vida del padre la desobediencia del hijo en este caso de la Constitución lleva la pena de desheredación total, y muertos los padres, si persiste en su desobediencia y en el momento que debiera entrar en la sucesión, pierde aún los bienes vinculados como los de sucesión ab intestato de la herencia paterna; los primeros pasarán libremente a los substitutos en el vínculo y los segundos irán a los más próximos parientes. Debo añadir que entiendo que con la palabra vinculados, dado el lenguaje jurídico de la época de esta disposición legal, deberán entenderse los bienes de los actuales fideicomisos y substituciones.

Se apoya además este precepto en que no cabe obligar al padre a emancipar a los hijos, porque la emancipación es un acto voluntario renuncia libre de su autoridad, y como el ingreso en religión emancipa al hijo, sería esta tal emancipación contra la voluntad del padre, quien resultaría burlado.

En conclusión, comentan esta pragmática los doctores catalanes en el sentido de que es incapaz cualquier monasterio para heredar en dicho caso toda suerte de bienes pertenecientes al monje o fraile ciudadano de Barcelona que le provinieran por testamento o *ab intestato*, y así lo resolvió la antigua audiencia (2).

CAPÍTULO III

De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos

Art. 159. El padre, o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Art. 160. Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tenga en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará

---

(1) *Traducción al castellano de los Usajes y demás derechos de Cataluña.* 2.ª adición, tomo II, págs. 24 a 34.

(2) FONTANELLA. *De pactis* el. 4, gl. 2, n.º 31 y Decisión 346. CANCER. *Var. Resol.*, p. 3.º, cap. 11, n.º 199. RAMÓN. *Consilia*, con. 68.

para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

Art. 161. Pertenece a los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo o parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstas imputables en la herencia.

Art. 162. Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes o rentas donados o legados para los gastos de su educación; pero tendrán su administración el padre o la madre, si en la donación o en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Art. 163. Los padres tienen, relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo o administración, las obligaciones de todo usufructuario o administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del título 5.º de la Ley Hipotecaria.

Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

Art. 164. El padre, o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria.

Art. 165. Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño.

Art. 166. Los padres que reconocieren o adoptaren, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultas a satisfacción del Juez del domicilio del menor, o de las personas que deban concurrir a la adopción.

Art. 159. Una limitación importante de la facultad de este artículo se halla en el capítulo 1 de la Novela 117 de Justiniano: los abuelos y aun toda otra persona puede dejar o donar a los hijos bienes con la condición de que los padres o aquellos en todo caso bajo cuya potestad están, no tengan

en tales bienes usufructo ni *participación alguna* (confirmado por la sentencia de 11 de mayo de 1904), lo que implica poder quitar la administración; cuya prohibición ha de ser expresa.

Dice Cancer, I, cap. 7, n.º 72, que si la madre administra bienes de los hijos como tutora (hoy por patria potestad), responde solamente de los daños hechos con mala fe, y si administrase bienes de hijos mayores fuera de su potestad, su responsabilidad es la de un administrador cualquiera.

Art. 160. Concurren las mismas razones antes dichas de la ley de Matrimonio civil, para tener por derogado el sistema romano-catalán de los peculios. No nombra el Código los peculios, pero su asunto se comprende en lo que se llaman en general efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos.

Un caso que considero de interés, y más por repetirse con frecuencia, es el siguiente:

N. N., cerrajero constructor de máquinas, falleció en esta ciudad con testamento en el cual nombró herederos a su hijo y a su hija por partes iguales y usufructuaria a su mujer. Su hijo don A., soltero, había vivido en compañía de su padre y llevado la dirección industrial del taller durante diez u once años sin haber cobrado un céntimo, pero habiendo sido alimentado por su padre.

Por causas, cuya explicación no es necesaria, se formalizó un convenio, y de él provino un juicio de amigables componedores para la partición de los bienes; y como los amigables componedores debieron determinar los derechos o créditos que por título singular tuviesen los herederos en el patrimonio del padre para serles abonados antes de la partición, se planteó con esto la cuestión, que consultaron los amigables componedores, a saber: si don A. tenía derecho a alguna retribución por los diez años que trabajó al lado de su padre dirigiendo el taller de construcción de máquinas, o bien si se compensó su trabajo con los alimentos recibidos y si había por lo tanto trabajado a utilidad de la casa.

Mi opinión era que tenía derecho a ser retribuído haciendo aplicación del artículo 160 del Código civil, que marca notable diferencia con lo que había dispuesto la ley de Matrimonio civil con su artículo 66.

Mas uno de los amigables componedores, en contra de este criterio, comparaba la situación de A. a la que tienen los legitimarios en Cataluña, quienes trabajan a utilidad de la casa sin retribución alguna. A esto se observó que cuando se trata de una familia típica catalana con heredero único dueño de las tres cuartas partes del patrimonio, se comprende que los legitimarios, morando en la casa del heredero, muerto el padre trabajan sin remuneración a utilidad de ella, porque en cambio la casa en todo tiempo les acoge y alimenta, y el heredero suele además estar gravado de restitución, si muere sin hijos, precisamente a favor de los legitimarios; pero en el caso de que se trataba, la herencia se dividía en partes iguales y no concurrían las razones indicadas.

Haciendo aplicación de principios generales de derecho, podía observarse que si nadie puede enriquecerse en perjuicio de tercero, aquí sucedería que el otro heredero, o sea la hija se enriquecería con el mayor valor de la herencia paterna logrado por el esfuerzo y trabajo industrial de su hermano.

Los hijos sujetos a patria potestad pueden disponer en testamento, según derecho romano, de los peculios castrense y cuasi castrense. (Cod., lib. 6, tít. 22, ley 12.) El Tribunal Supremo puso en duda la vigencia de este precepto, en su sentencia de 11 de noviembre de 1907.

CAPÍTULO IV

De los modos de acabarse la patria potestad

Art. 167. La patria potestad se acaba:

1.º Por la muerte de los padres o del hijo.

2.º Por la emancipación.

3.º Por la adopción del hijo.

Art. 168. La madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, a no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Art. 169. El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:

1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación dicha potestad.

2.º Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Art. 170. La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre o, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

Art. 171. Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta, si trataren a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieren órdenes, consejos o ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste.

Art. 172. Si la madre viuda que ha pasado a segundas nupcias vuelve a enviudar, recobrará desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.

Arts. 167 y 168. Las disposiciones de este capítulo no discrepan del derecho catalán en términos generales. Lo ordenado en el art. 168, por sentencias de 20 de diciembre de 1892 y 10 de noviembre de 1902, se aplica cuando la viuda que ya lo era al publicarse el Código civil casó después, tanto si se trata de persona sujeta a la ley común como a la foral.

CAPÍTULO V

De la adopción

Art. 173. Pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de cuarenta y cinco años. El adoptante ha de tener por lo menos quince años más que el adoptado.

Art. 174. Se prohibe la adopción:

1.º A los eclesiásticos.

2.º A los que tengan descendientes legítimos o legitimados.

3.º Al tutor respecto a su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.

4.º Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y, fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

Art. 175. El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del adoptante, expresándolo así en la escritura de adopción.

Art. 176. El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos. Esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho

de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante a ser alimentados por éste.

Art. 177. El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad.

Art. 178. La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad; si es menor, el de las personas que debieran darlo para su casamiento; y si está incapacitado, el de su tutor. Se oirá sobre el asunto al Ministerio fiscal; y el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado.

Art. 179. Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro civil correspondiente.

Art. 180. El menor o el incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

De la adopción

Art. 173. Es la adopción apenas usada en Cataluña y tan poco estudiada que no se hallará mención de ella en los grandes tratadistas de nuestro derecho. Poco inclinados son los catalanes, y esto es general a muchos pueblos extranjeros (1) y en España los aragoneses (2), a imitar por un acto civil la paternidad y filiación naturales. Explica a este propósito el anónimo autor de un diccionario de derecho catalán lo siguiente (3): «*Adopción.*—El acto de recibir a alguno bajo la patria potestad. En Cataluña, así la adopción como la arrogación, no son muy frecuentes, y cuando se verifican,

---

(1) Véase lo dicho por VOET, LAURENT, etc.

(2) BLAS. *Derecho civil aragonés.* Madrid, 1873, pág. 100. DIESTE. *Diccionario del derecho civil aragonés.* Madrid, 1869, pág. 28.

(3) *Apuntes sobre el derecho de Cataluña, redactados con presencia de sus Constituciones, principales autores y disposiciones últimas.* Barcelona, 1841, palabra *Adopción*, pág. 16.

se hacen conforme lo dispuesto por el derecho común... Suelen muchas veces en esta Provincia las personas solteras, y casadas o viudas sin hijos, desear algún consuelo y sostén de algún joven con o sin padres, y sin pasar a formalizar el acto de adopción, se lo tienen en su casa, ejerciendo unos y otros respectivamente las funciones de padre e hijo.»

Cesaron las causas que llevaban a los romanos a servirse de esta institución, como eran el conservar el culto familiar, sus aras, sus lares; de las cuales cosas la ley de las XII tablas ordenaba *Sacra privata perpetua manento*; y para esta permanencia, no menos que por fines menos honestos y laudables, como eran, por ejemplo, el procurarse ciertos honores o votos a que daba derecho el número de hijos, la adopción se ejercía con frecuencia (1), pero hoy apenas tiene razón de ser y menos en su división de *adopción* y *arrogación*. La primera se refiere a una persona que está bajo patria potestad, o sea verdadera y propia adopción, y la segunda *adrogatio*, que es la de una persona libre no sujeta a la patria potestad. Acertadamente el Código refundió las dos clases en una sola en sus artículos 173 a 180. En Cataluña, por el derecho romano, el adoptante debe tener 18 años más que el adoptado; y sesenta años cumplidos si se trata de la adopción de una persona independiente (*arrogación*) (2).

Art. 174. En orden a las prohibiciones de que se ocupa el artículo 174, aparte la prohibición de adoptar los eclesiásticos, dado que siendo la adopción a imagen de la paternidad natural no se concibe de los que no pueden casarse y esto completa el derecho catalán, y la del tutor respecto a su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas, prohibición que a la vez es de derecho romano (3), entiendo que la referente a no permitir usen de la adopción los que tengan descendientes legítimos o legitimados no debe aplicarse en Cataluña, porque en derecho romano no hay tal prohibición; la única ley que lo

---

(1) HEINECIO. *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium.* Venecia, 1782, lib. I, tit. XI.

(2) *Inst.*, lib. 1, tit. 11, § 4, *De adoptionibus* y ley 40, § 1.º D. lib. I, tit. 7. *De adoptionibus* y ley 15 § 2.

(3) Ley 17 al principio lib. I, tit. 7. *De adoptionibus*, del Digesto.

indica, en forma que debe examinarse según los casos si conviene, y no lo resuelve en sentido de prohibitivo, es la ley 17, § 3, lib. 1, tít. 7, *De adoptionibus*, del Digesto (1).

En cambio la prohibición de adoptar las mujeres que fundaba el derecho romano en que no ejercían la patria potestad, mudada la causa por haberse concedido tal potestad a ellas desde la ley de Matrimonio civil, y el Código civil, debe considerarse mudado el efecto y por tanto facultadas las mujeres para adoptar sin restricciones especiales.

Art. 177. Pero no hay modo de dar entrada en el derecho catalán a la disposición singularísima del Código español, expuesta en su artículo 177, de que quedan adoptantes y adoptado recíprocamente desligados en materia sucesoria en cuanto uno no puede heredar al otro ab intestato. «El adoptante, dice, no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar fuera de testamento al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero.»

Es tanto más singular esta disposición del Código español, cuanto en el común sentir de los legisladores y autores modernos, de acuerdo con el derecho de Justiniano, se equipara el hijo adoptivo al legítimo en la sucesión; a tal punto, que alguien considera la adopción simplemente un nombramiento de heredero por medio de contrato (2). El derecho justinianeo que aquí rige, al igual que los Códigos modernísimos, preceptúa que los hijos adoptivos, mientras están bajo la potestad del padre que los adoptó, tienen los mismos derechos que los hijos nacidos de justas nupcias, y por lo tanto deben ser instituídos herederos o desheredados en la misma forma y condiciones de los naturales (3) y entran, como éstos, en la sucesión intestada de sus padres adoptivos (4).

Al terminar esta materia de la adopción, debo recordar

---

(1) No se admitirá fácilmente a las adopciones a los que tengan hijos de justas nupcias procreados, viene a decir MUHLENBRUCH. *Doctrina pandectarum* § 552.

(2) LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil*, n.° 303.

(3) INSTITUTA, lib. 2, tit. 13, *De exhered. liber*, § 4.°

(4) Cod. lib. VIII, tít. 48, *De adoptionibus*, ley 10.

la consuetudinaria de Cataluña, o mejor arrogación llamada *aculliment*, o donación personal de un individuo a una familia, viviendo con ella, trabajando por ella, a cambio de entrega de bienes o ahorros de presente o al tiempo de la muerte.

Es la misma institución (véase pág. 34) de los *donados* del Alto Aragón; algunas veces llamados *donats* también en Cataluña.

El Código de Tortosa trata de la adopción, *afillament*, separándose del derecho romano en cuanto a la diferencia de edad que ha de mediar entre el adoptante y el adoptado, señalando la diferencia en ocho años. (Cost. 1.ª, lib. 8.)

Trata también del modo de deshacer la adopción, *desafillament*, por justa causa en testamento, y sin causa ante el tribunal, pero en este último caso ha de reservar la legítima del adoptado. (Cost. 1, lib. 9.)

TÍTULO VIII

De la ausencia

CAPÍTULO PRIMERO

Medidas provisionales en casos de ausencia

Art. 181. Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, a instancia de parte legítima o del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario.

Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

Art. 182. Verificado el nombramiento a que se refiere el artículo anterior, el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos e intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, reglándolas según las circunstancias por lo que está dispuesto respecto de los tutores.

Art. 183. El cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente cuando no estuvieren legalmente separados.

Si éste fuere menor, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria.

A falta del cónyuge representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220.

CAPITULO II

De la declaración de ausencia

Art. 184. Pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente o desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.

Art. 185. Podrán pedir la declaración de ausencia:

1.º El cónyuge presente.

2.º Los herederos instituídos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.

3.° Los parientes que hubieren de heredar ab intestato.

4.° Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado a la condición de su muerte.

Art. 186. La declaración judicial de ausencia no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

CAPITULO III

De la administración de los bienes del ausente

Art. 187. La administración de los bienes del ausente se conferirá por el orden que establece el art. 220 a las personas mencionadas en el mismo.

Art. 188. La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar, ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.

Art. 189. Cuando la administración corresponda a los hijos del ausente, y éstos sean menores, se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades de la ley.

Art. 190. La administración cesa en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando comparezca el ausente por sí o por medio de apoderado.

2.° Cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios o ab intestato.

3.° Cuando se presente un tercero, acreditando con el correspondiente documento haber adquirido por compra u otro título los bienes del ausente.

En estos casos cesará el Administrador en el desempeño de su cargo, y los bienes quedarán a disposición de los que a ellos tengan derecho.

CAPITULO IV

De la presunción de muerte del ausente

Art. 191. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o noventa desde su nacimiento, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Art. 192. La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente, no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Art. 193. Declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose a su adju-

dicación por los trámites de los juicios de testamentaría o ab intestato, según los casos.

Art. 194. Si el ausente se presenta o, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados o los adquiridos con él; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

CAPÍTULO V

De los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente

Art. 195. El que reclame un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

Art. 196. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, a no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes con intervención del Ministerio fiscal.

Art. 197. Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causa habientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo.

Art. 198. Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mientras no comparezca el ausente, o sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes o causa habientes.

Ausencia

Según el Decreto de Graciano no puede ser perjudicado el ausente (1). En derecho romano se concedía el beneficio de la restitución *in integrum* al ausente en servicio de la república o prisionero, y el Pretor lo extendió a casi todos los casos en los cuales se hubiese sufrido un perjuicio como consecuencia de

(1) Brocá y Amell, tomo I, 123. Decret. Grat., C. 3, quest. 9, canon 5.

un suceso que nos impidió velar para la conservación de nuestro derecho (1). Se consideran así ausentes los locos furiosos, aunque en realidad sean presentes (2). Además, Fontanella (*De pactis* cl. 4, gl. 12, n.os 57 y 58) supone que al ausente se le socorre con el beneficio de la restitución en cuanto a la prescripción; apoyándose en la ley 1, lib. 4, tít. 6 del Digesto.

El Código civil, inspirándose en el criterio moderno de que, dadas las comunicaciones fáciles de que hoy día se dispone, debía limitarse el término de 100 años que solía aplicarse para la presunción de muerte, ha fijado el de 30 años en el artículo 191, que a tenor del artículo 12 es aplicable a Cataluña, por no existir disposición expresa en el derecho catalán, ni en el canónico y romano supletorios. Hay que observar sin embargo, que ya la Audiencia de Cataluña aplicó varias veces la presunción de muerte de un heredero gravado, ausente más de un quinquenio, entregando la herencia al fideicomisario, pero mediante caución; según refiere Fontanella (*De pactis*, cl. 7, gl. 3, p. 1, n.º 33).

(1) MAINZ. *Cours de droit romain*, tomo I, § 74, páginas 614 y 615.
(2) VOET. Lib. 4, tít. 6.

TÍTULO IX

De la tutela

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Art. 199. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Art. 200. Están sujetos a tutela:

1.º Los menores de edad no emancipados legalmente.

2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir.

3.º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4.º Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Art. 201. La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Art. 202. Los cargos de tutor y protutor no son renunciables sino en virtud de causa legítima debidamente justificada.

Art. 203. Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados.

Art. 204. La tutela se defiere:

1.º Por testamento.

2.º Por la ley.

3.º Por el consejo de familia.

Art. 205. El tutor no entrará en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas.

Tutelas

Todo esto que hasta aquí dice el Código y lo que más adelante va explanando de la tutela, rige en Cataluña. En un

principio, al empezar la vida del Código, se dijo que como quiera que el discernimiento, y otros extremos procesales de las tutelas fueron regulados por la ley de Enjuiciamiento civil, ley de aplicación general a toda España, quedó derogado el sistema foral. Es lo que al comentar el artículo 12 se explicó acerca de lo que debía entenderse sobre derecho foral indígena y aquí resulta concretamente en la tutela en varias sentencias (1).

Alterada, desarreglada una institución con la intrusión de procedimientos que no se avienen con ella, porque son hijos de sistemas opuestos a la institución misma, es empeñarse en crear un estado de derecho desarmónico y exótico, venir a sostener la vigencia de la tutela romana catalana con su división de tutores y curadores, en los momentos presentes en los cuales ya ha declarado el Tribunal Supremo que no sólo es de aplicación el Código como continuador de la ley de Enjuiciamento civil, sino aun en la parte susbtantiva y de esencia de las tutelas (2).

Por lo demás, se admite en el Código, como en derecho catalán, las tres tutelas: testamentaria, legítima y dativa (art. 204).

CAPÍTULO II

De la tutela testamentaria

Art. 206. El padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya natura-

---

(1) Sentencias 31 de Marzo de 1892, 12 Febrero 1897. En la de 12 de Junio de 1894 se declara: que tratándose del nombramiento de curadores testamentarios, hecho por testamento otorgado posteriormente a la publicación del Código civil, las disposiciones testamentarias sobre tutela «han de cumplirse dentro de las disposiciones legales que determinan el *discernimiento y el ejercicio de la tutela*, que antes del Código civil eran los artículos del título 2.º del libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y *ahora son los títulos* 9 y 10 *del libro* 1.º *del Código*». Véase además la sentencia de 24 Junio de 1905.

(2) En la Sentencia de 4 de Enero de 1902, dictada en caso de Cataluña, se dice: «Considerando que publicado el Código civil con posterioridad a la vigente ley de Enjuiciamiento civil, y *organizada en él la institución de la tutela de modo muy distinto del establecido en la legislación anterior al Código, antes que a ninguna otra ley es preciso acudir para la resolución de las cuestiones que surjan acerca de dicha institución, lo mismo en cuanto a la substancia y esencia de los derechos*, que en cuanto al procedimiento para hacerlos efectivos, aplicando estrictamente los preceptos en él consignados e interpretándolos en caso necesario.»

En las sentencias de 21 de Junio de 1899 y 10 Mayo de 1910 se declara, que aun para la tutela constituída antes del Código, éste rige en el ejercicio de ella, y además en punto tan substantivo o de esencia como la rendición y aprobación de cuentas.

les reconocidos, o ya alguno de los ilegítimos a quienes, según el art. 139, está obligado a alimentar.

Igual facultad corresponde a la madre; si hubiere contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciere para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto sin la aprobación del consejo de familia.

En todo caso será preciso que la persona a quien se nombre tutor o protutor no se halle sometida a la potestad de otra.

Art. 207. También puede nombrar tutor a los menores o incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia o el legado.

Art. 208. Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos, y hacer diversos nombramientos a fin de que se substituyan unos a otros los nombrados.

En caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos, y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento.

Art. 209. Si por diferentes personas se hubiese nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo:

1.° Al elegido por el padre o por la madre.

2.° Al nombrado por el extraño que hubiese instituído heredero al menor o incapaz, si fuere de importancia la cuantía de la herencia.

3.° Al que eligiere el que deje manda de importancia.

Si hubiere más de un tutor en cualquiera de los casos 2.° y 3.° de este artículo, el consejo de familia declarará quien debe ser preferido.

Art. 210. Si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Si el tutor que nuevamente apareciere fuese el nombrado por un extraño comprendido en los números 2.° y 3.° del artículo anterior, se limitará a administrar los bienes del que lo haya nombrado, mientras no vaque la tutela en ejercicio.

Tutela testamentaria

Respecto a la tutela testamentaria, el derecho catalán modificó la tutela romana en el sentido de prescindir de solemnidades inútiles, que luego en otro sentido ha resucitado la ley de Enjuiciamiento civil al dar intervención a los Tribunales en el discernimiento de la tutela y luego ha seguido el Código civil; porque en las Cortes Catalanas reunidas en Perpiñán en 1351, quitada la solemnidad introducida por derecho romano, se ordenó y estatuyó que el tutor testamentario podía entrar en posesión de la herencia paterna sin confirmación o

decreto del Juzgado y sin otra solemnidad, y hacer inventario y cualesquiera otras cosas que por medio de confirmación del Juzgado pudiera practicar; debía el tutor, sin embargo, prestar juramento ante los Tribunales de procurar todo lo provechoso al pupilo y evitar cosas inútiles, y esto antes de tomar posesión (Constituciones de Cataluña, vol. 1, lib. 5, tít. 4, *De tudors y curadors*). En la especialidad del derecho de Tortosa, el nombramiento de tutor testamentario para un hijo se entiende hecho para los demás que tenga. (Costumbre 22, rúbrica 6, libro 5.)

CAPÍTULO III

De la tutela legítima

BIBLIOTECA del COLEGIO DE ABOGADOS BARCELONA

SECCION PRIMERA

De la tutela de los menores

Art. 211. La tutela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente:

1.º Al abuelo paterno.

2.º Al abuelo materno.

3.º A las abuelas paterna y materna, por el mismo orden, mientras se conserven viudas.

4.º Al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y, a falta de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos.

La tutela de que trata este artículo no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

Art. 212. Los Jefes de las Casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará al cargo del Ministerio fiscal.

SECCION SEGUNDA

De la tutela de los locos y sordomudos

Art. 213. No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administar sus bienes.

Art. 214. Pueden solicitar esta declaración el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle abintestado.

Art. 215. El Ministerio público deberá pedirla:

1.º Cuando se trate de dementes furiosos.

2.º Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, o cuando no hicieren uso de la facultad que les concede.

3.º Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

En todos estos casos los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse, En los demás, será defensor el Ministerio público.

Art. 216. Antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.

Art. 217. Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán informar a los Tribunales como miembros del consejo de familia; pero tienen derecho a ser oídos por éste cuando lo soliciten.

Art. 218. La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos.

Art. 219. Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del consejo de familia.

Art. 220. La tutela de los locos y sordomudos corresponde:

1.º Al cónyuge no separado legalmente.

2.º Al padre, y en su caso, a la madre.

3.º A los hijos.

4.º A los abuelos.

5.º A los hermanos varones y a las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo de que habla el núm. 4.º del art. 211.

Si hubiere varios hijos o hermanos, serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor.

Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones; y, en el caso de ser del mismo sexo, los de la línea del padre.

SECCION TERCERA

De la tutela de los pródigos

Art. 221. La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio.

La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los

casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

Art. 222. Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o estén incapacitados.

Art. 223. Cuando el demandado no compareciere en juicio le representará el Ministerio fiscal, y si éste fuera parte, un defensor nombrado por el Juez, sin perjuicio de lo que determine la Ley de Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía.

Art. 224. La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

Art. 225. El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio.

La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.

Art. 226. Los actos del pródigo anteriores a la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad.

Art. 227. La tutela de los pródigos corresponde:

1.º Al padre, y en su caso, a la madre.

2.º A los abuelos paterno y materno.

3.º Al mayor de los hijos varones emancipados.

Concepto de la prodigalidad
Sus aplicaciones generales y en Cataluña

Aunque el Código civil español no haya definido la prodigalidad, según reconoce la sentencia de 19 de Junio de 1915, no es esto razón para asegurar que no sepamos a qué atenernos respecto al concepto jurídico de la prodigalidad.

¿Quién es, legalmente, pródigo? Decimos legalmente, porque según el lenguaje vulgar y el Diccionario de la lengua castellana según la Academia, «*Prodigalidad* es profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente en cosas vanas e inútiles», con lo que no hemos adelantado jurídicamente gran cosa, y aun cuando al definir lo que significa *pródigo* indica el Diccionario que el calificativo implica que los gastos del pródigo deben ser *inútiles y vanos, sin orden ni razón*, para que de obra de pródigos deban calificarse tales

gastos; en lo cual la Academia, en este punto, ya dibuja las naturales condiciones, o sea, la falta de *orden y de razón* en los gastos, pero todavía el concepto jurídico claro, y desbrozado de las ideas vulgares, no se destaca en el Diccionario sobre prodigalidad y pródigos.

En derecho, la prodigalidad es una limitación de la libertad individual, especialmente en cuanto atañe al ejercicio del derecho de propiedad; corresponde a la categoría de las interdicciones por causa de menor edad, de locura, de sordomudez, y, en suma, es el pródigo una personalidad incompleta, como es incompleta la del hombre no llegado a la mayor edad y la del que tiene perturbadas las facultades mentales o es sordomudo; de aquí la idea romana que explica Voet (1), de que el pródigo no tiene voluntad (*furiosi vel eius cui bonis interdictum sit nulla voluntas est.* Digesto, ley 40, libro L, título XVII, *De regulis juris.*)

En las legislaciones modernas, si no se coloca a los pródigos al nivel de los que sufren enajenación mental, se les considera débiles de espíritu (Laurent Demolombe y otros comentaristas del derecho francés).

Si nos apartásemos del concepto de la prodigalidad, alteración de las facultades morales, daríamos en la mayor de las injusticias. Si el derecho de propiedad, mejor dicho, el dominio que el hombre tiene sobre las cosas, es la facultad de usar y aun de abusar de ellas *jus utendi et abutendi*, ¿con qué razón se priva a un ciudadano español del derecho de usar y de abusar de sus riquezas?

Voet (2), considera que las leyes sobre prodigalidad, lo propio que las leyes suntuarias, se introdujeron en Roma en fuerza de la reacción contra el lujo, que destruía las virtudes cívicas. Cuando las leyes suntuarias cayeron en ridículo por rancias y olvidadas, vino como consecuencia del principio social más o menos capcioso de que era ayudar al bien público procurar que nadie hiciese mal uso de lo propio (3), quiso

(1) *Coment.* lib. 28, tít. 1, párrafo 34.
(2) *Coment.* lib. 27, tít. 10, párrafo 6, *De curatoribus furiosi.*
(3) *Instituta*, lib. 1, tít. 8, dice *«expedit enim. reipublicæ, ne sua re quis male utatur».*

legitimarse la interdicción por causa de prodigalidad, pero la injusticia es en este sentir no menos manifiesta.

En el interés público, así bien, en parte, se ampararon los autores del derecho moderno, pero con más tendencia, no tanto al beneficio público como al de las familias, y así el tribuno Bertrán de Greville, en su informe respecto de este particular al formarse el Código francés, escribía: «Esta prohibición parcial es de rigurosa justicia, ya que la Ley es enemiga del desorden y ella vela para el pródigo que de nada cuida, que lo absorbe y consume todo; la Ley tiene que velar por la mujer e hijos del pródigo, a los que debe, al menos, alimentos»; pero todo esto no es convincente, y así, el verdadero motivo de la inhabilitación lo señala otro de los autores del Código, Mr. Tarrille, diciendo: «La prodigalidad es *una especie de locura*, y, como tal, necesita de remedios semejantes. El pródigo, según la acepción dada a esta palabra en todos tiempos y lugares, es aquel que no tiene fin ni mesura en sus gastos, perdiendo su patrimonio en profusiones vanas...»

Repetía Bertrán de Greville: «En una misma clase colocaron los romanos a los pródigos y a los locos; habían considerado a los unos y a los otros como incapaces de adquirir y conservar, como que abusan de todo, que lo disipan todo y lo consumen todo. Los miraban como sin arreglo en sus gustos, sin designio en sus planes, sin concierto en los medios de su ejecución, no conociendo más que la profusión y el desorden; de lo que se echa de ver que dictadas las leyes por la identidad de las resultas, debían de quitar, como efectivamente quitaron, a los unos y a los otros indistintamente, el arreglo y administración de sus bienes para confiarlos exclusivamente al tutor que se nombrara.»

«Los autores del proyecto han creído que no debía tratarse a los pródigos con el mismo rigor que a los insensatos. Han pensado, y con razón, que privados éstos del juicio no son susceptibles de ninguna reflexión, de ningún sentimiento de los que se pueda esperar su vuelta hacia los principios de orden y economía, mientras que los pródigos, *aunque sigan un ímpetu desordenado*, son, sin embargo, accesibles a los consejos de la amistad, a los avisos de los parientes, etc., etc.»

Tiene la medicina moderna clasificada y definida la especie de locura lúcida del pródigo, el afán de comprar cosas sin motivo, de sentir cierto impulso irresistible a gastar en objetos que seducen, amontonarlos y aun echarlos sin provecho; en una palabra, la enfermedad llamada oniomanía, la única que puede en justicia colocar al individuo en la categoría algo superior dentro del derecho, pero al fin y al cabo categoría de los incapacitados, por menor edad, locura, sordomudez, a las que añade el novísimo Código alemán la borrachera habitual en el individuo (1).

Este entendemos ser el verdadero concepto jurídico, tan indispensable de precisar para no ir a tientas en tan grave asunto, de la prodigalidad jurídicamente considerada; por donde se llega a revelarse la importancia, trascendencia y responsabilidad que lleva el acto de pedir sea un individuo declarado pródigo, y más el aceptar los Tribunales la declaración de semejante *capitis diminutio*.

Como la incapacidad del pródigo no se declara *ipso jure* cual la del menor o la del impúber, sino que se publica con conocimiento de causa y por medio del juicio correspondiente y fallo de los Tribunales (2), reviste importancia capital el determinar los actos, más claro, señalar los síntomas de la incapacidad.

Cuando se habla de profusión, desperdicio de la propia hacienda, de gastos inútiles sin orden ni razón, en la acepción vulgar de la palabra, o cuando el derecho romano (3) define el pródigo diciendo «que es aquel que en sus gastos no tiene límites ni de tiempo ni de medida y derrama sus bienes dilapidando y disipando (*qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit*)», el buen sentido dicta desde luego la observación de que todo esto ha de ser relativo, medida la condición de las personas y sobre

---

(1) Este mismo concepto se insinúa en la sentencia de 19 Junio de 1915, cuando de los actos del pródigo dice: «El haberlos ejecutado de una manera arbitraria y caprichosa, sin otro objeto ni finalidad que la *irracional* complacencia que pueda producir en el espíritu de quien los ejecuta, la disipación y derroche de los referidos bienes».

(2) VINNIO. *Comentarios a la Instituta*, lib. 2, tít. 3.

(3) Ley 1.ª, lib. 27, del Digesto, tít. 10 *De curatoribus furioso*.

todo de su fortuna. Porque no dilapida el millonario comprando una joya, y se arruina y dilapida, por tanto, el que en adquisición o capricho consume la mayor parte de su haber y recursos; lo que no es prodigalidad para el rico, es locura de pródigos en el pobre.

Y esto que es de buen sentido, por ser tal habrá de vivir en la ciencia jurídica como una ecuación o un teorema; y uno de los mayores jurisconsultos de España, Gregorio López, al comentar la ley 5.ª, título XI, Partida 5.ª, escribió: «El pródigo es el que no guardando medida en sus gastos disipa y destroza su patrimonio, según esta ley (de Partida), y en la ley 1.ª, párrafo 1.º, Digesto, *De curat. furios.*, se dice ser pródigo el que sin necesidad *gasta más de lo que permiten sus facultades*, conforme en esto con la Novela 3 al principio, versículo *Cum vero*; por ahí se ve que probaron bien los testigos ministrados acerca la prodigalidad, si deponen que han visto cómo el sujeto de que se trata dilapidaba sus bienes todos los días, *llevando los gastos más allá de lo que permitían sus facultades.*»

Nuestro Código, ni siquiera prevé el caso de la tutela de la mujer por pródiga, y en cambio regula la tutela y la incapacidad del marido en caso de prodigalidad. En esto, así como en las atribuciones del poder marital, es más terminante que los Códigos francés e italiano, y de aquí que si en alguna ocasión en Francia se declaró pródiga a alguna casada, a pesar de un ruidoso pleito dirigido por el famoso hombre público Julio Fabre, los más graves jurisconsultos como Laurent dicen: «Sólo en el caso de que el poder marital no sea un apoyo, sino un peligro, entonces viene el caso del consejo de familia; pero si el marido cumple su deber de protector, si impide que la mujer disipe su patrimonio, no hay motivo para la declaración de prodigalidad, faltando el apoyo del marido hay que buscar otro apoyo, el consejo de familia. En este sentido está la jurisprudencia (1).»

Autores que como Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, apoyan la posibilidad de declarar pródiga a una mujer casada,

---

(1) LAURENT. *Principes de droit civil français*. Paris, 1878, tomo 5.º, página 418, n.º 346.

tienen que poner en relación y buscar fundamento en los artículos del Código civil francés que tratan de la interdicción de los locos; y es que el Código de la nación vecina se ocupa sólo de prodigalidad en tres brevísimos artículos, que han dado lugar a toda suerte de suposiciones; mientras que la sección del Código español destinada a esta materia, completada con otras referencias, es más extensa, y de ella nace el convencimiento jurídico de la imposibilidad legal de declarar pródiga a una mujer casada española (1).

En el estado actual de nuestra legislación, puede suscitarse la duda de si quedan todavía subsistentes las prohibiciones que en cuanto a otorgar testamento impuso el derecho romano a los declarados pródigos. En rigor en esta materia, como en la de las personas jurídicas, y en tantas otras más, la ley antigua contiene disposiciones de mayor extensión para la institución de que se trata que el mismo Código, las cuales no pueden considerarse derogadas.

En derecho romano, equiparado el pródigo al loco y considerando que no tienen verdadera voluntad libre, se les prohibe hacer testamento (2); bien entendido que cualquiera testamento o disposición de última voluntad hecha por un loco o un pródigo antes de la locura, o antes que le fuese prohibida al pródigo la administración de sus bienes, es válido; y aun se ha considerado, basándose en la Novela 39 de León emperador, que debe subsistir la disposición testamentaria de un pródigo si éste deja su herencia a sus más próximos parientes, o la distribuye entre los pobres, o la destina a otros usos piadosos; de manera que no se encuentre en el testamento nada que demuestre un juicio erróneo o la perturbación producida por la prodigalidad (3).

El Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 7 de junio de 1893, supone vigentes las leyes romanas sobre este particular en Cataluña.

---

(1) En este sentido en un pleito bajo mi dirección, en Madrid, el Juzgado del distrito de la Latina falló no haber lugar a la prodigalidad de D.ª C. J. que pedía su marido D. E. G. Sentencia que fué confirmada por la Sala primera (Relatoría Gamazo, año 1913).

(2) Digesto, ley 40, lib. 50, tít. 17, *De regulis juris. Instituta*, lib. 2, tít. 12, párrafo 2.

(3) VOET. *Coment.* lib. 28, tít. 1, n.º 34.

SECCION CUARTA

De la tutela de los que sufren interdicción

Art. 228. Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los artículos 203 y 293. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedirlo el cónyuge y los herederos ab intestato del penado.

Art. 229. Esta tutela se limitará a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado.

El tutor del penado está obligado además a cuidar de la persona y bienes de los menores, o incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto a interdicción, hasta que se les provea de otro tutor.

La mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción.

Si fuere menor, obrará bajo la dirección de su padre y, en su caso, de su madre, y a falta de ambos, de su tutor.

Art. 230. La tutela de los que sufren interdicción se defiere por el orden establecido en el art. 220.

CAPÍTULO IV

De la tutela dativa

Art. 231. No habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley a ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.

Art. 232. El Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor a los menores o incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios a que diere lugar su negligencia.

CAPÍTULO V

Del protutor

Art. 233. Al consejo de familia corresponde nombrar protutor, cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho a elegir tutor para los menores.

Art. 234. El tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor. El que dejare de reclamar este

nombramiento, será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor.

Art. 235. El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.

Art. 236. El protutor está obligado:

1.º A intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar a ella.

2.º A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.

3.º A llamar la atención del consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial a la persona o a los intereses del menor.

4.º A promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante o abandonada.

5.º A ejercer las demás atribuciones que le señalen las leyes.

El protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión o negligencia en el cumplimiento de estos deberes.

El protutor puede asistir a las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas; pero no tiene derecho a votar.

CAPÍTULO VI

De las personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción

Art. 237. No pueden ser tutores ni protutores:

1.º Los que están sujetos a tutela.

2.º Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores o escándalo público.

3.º Los condenados a cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena.

4.º Los que hubiesen sido removidos legalmente de otra tutela anterior.

5.º Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

6.º Los quebrados y concursados no rehabilitados.

7.º Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente.

8.º Los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil.

9.º Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, a menos que el padre, o en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.

10. Los que adeuden al menor sumas de consideración, a menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre, o en su caso, por la madre.

11. Los parientes mencionados en el párrafo segundo del artículo 293 y el tutor testamentario, que no hubiesen cumplido la obligación que dicho artículo les impone.

12. Los religiosos profesos.

13. Los extranjeros que no residan en España.

Art. 238. Serán removidos de la tutela:

1.º Los que, después de deferida ésta, incidan en alguno de los casos de incapacidad que mencionan los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 8.º, 12 y 13 del artículo precedente.

2.º Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo de familia y pedido el nombramiento de protutor, o sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla, e inscrito la hipotecaria.

3.º Los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, o no lo hagan con fidelidad.

4.º Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.

Art. 239. El consejo de familia no podrá declarar la incapacidad de los tutores y protutores, ni acordar su remoción, sin citarlos y oirlos, si se presentaren.

Art. 240. Declarada la incapacidad, o acordada la remoción por el consejo de familia, se entenderá consentido el acuerdo, y se procederá a proveer la tutela vacante, cuando el tutor no formule su reclamación ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se le haya comunicado la resolución.

Art. 241. Cuando el tutor promueva contienda judicial, litigará el consejo a expensas del menor; pero podrán ser personalmente condenados en costas los Vocales, si hubiesen procedido con notoria malicia.

Art. 242. Cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y haya sido adoptada por unanimidad, no se admitirá recurso alguno contra ella.

Art. 243. Si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá a los cuidados de la tutela mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento.

Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo, y el consejo de familia declarare la incapacidad o acordare la remoción del tutor, las determinaciones que adopte para proveer a los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial.

CAPÍTULO VII

De las excusas de la tutela y protutela

Art. 244. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

1.º Los Ministros de la Corona.

2.º Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y del Tribunal de Cuentas del Reino.

3.º Los Arzobispos y Obispos.

4.º Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.

5.º Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.

6.º Los militares en activo servicio.

7.º Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

8.º Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.

9.º Los que fueren tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

10. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.

11. Los mayores de sesenta años.

12. Los que fueren ya tutores o protutores de otra persona.

Art. 245. Los que fueren parientes del menor o incapacitado no estarán obligados a aceptar la tutela, si, en el territorio del Tribunal que la defiere, existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.

Art. 246. Los excusados pueden, a petición del tutor o protutor, ser compelidos a admitir luego que hubiese cesado la causa de la exención.

Art. 247. No será admisible la excusa que no hubiese sido alegada ante el consejo de familia en la reunión dedicada a constituir la tutela.

Si el tutor no hubiere concurrido a la reunión del consejo, ni tenido antes noticia de su nombramiento, deberá alegar la excusa dentro de los diez días siguientes al en que éste le hubiese sido notificado.

Art. 248. Si las causas de exención fueren posteriores a la aceptación de la tutela, el término para alegarlas empezará a contarse desde el día en que el tutor hubiese tenido conocimiento de ellas.

Art. 249. Las resoluciones en que el consejo de familia desestime las excusas podrán ser impugnadas ante los Tribunales en el término de quince días.

El acuerdo del consejo de familia será sostenido por éste a expensas del menor; pero, si fuere confirmado, deberá condenarse en costas al que hubiese promovido la contienda.

Art. 250. Durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado a ejercer su cargo. No haciéndolo así, el consejo de familia nombrará persona que le substituya, quedando el substituído responsable de la gestión del substituto si fuere desechada la excusa.

Art. 251. El tutor testamentario que se excuse de la tutela, perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

CAPÍTULO VIII

Del afianzamiento de la tutela

Art. 252. El tutor, antes de que se le defiera el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.

Art. 253. La fianza deberá ser hipotecaria o pignoraticia.

Sólo se admitirá la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores. La garantía que presten los fiadores no impedirá la adopción de cualesquiera determinaciones útiles para la conservación de los bienes del menor o incapacitado.

Art. 254. La fianza deberá asegurar:

1.º El importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor.

2.º Las rentas o productos que durante un año rindieren los bienes del menor o incapacitado.

3.º Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquier empresa mercantil o industrial.

Art. 255. Contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía, o haciendo la calificación de la fianza, podrá el tutor recurrir a los Tribunales; pero no entrará en posesión de su cargo sin haber prestado la que se le exija.

Art. 256. Mientras se constituye la fianza, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos.

Art. 257. La fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la propiedad. La pignoraticia se constituirá depositando los efectos o valores en los establecimientos públicos destinados a este fin.

Art. 258. Deberán pedir la inscripción o el depósito:

1.º El tutor.

2.º El protutor.

3.º Cualquiera de los Vocales del consejo de familia.

Los que omitieren esta diligencia serán responsables de los daños y perjuicios.

Art. 259. La fianza podrá aumentarse o disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor o incapacitado y los valores en que aquélla esté constituida.

No se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

Art. 260. Están exentos de la obligación de afianzar la tutela:

1.º El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que son llamados a la tutela de sus descendientes.

2.º El tutor testamentario relevado por el padre o por la madre, en su caso, de esta obligación. Esta excepción cesará cuando con posterioridad a su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador, que hagan indispensable la fianza a juicio del consejo de familia.

3.º El tutor nombrado con relevación de fianza por extraños que hubiesen instituído heredero al menor o incapaz o dejádole manda de importancia. En este caso la exención quedará limitada a los bienes o rentas en que consista la herencia o el legado.

CAPÍTULO IX

Del ejercicio de la tutela

Art. 261. El consejo de familia pondrá en posesión a los tutores y a los protutores.

Art. 262. El tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos.

Art. 263. Los menores o incapacitados sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Este podrá corregirlos moderadamente.

Art. 264. El tutor está obligado:

1.º A alimentar y educar al menor o incapacitado con arreglo a su condición y con estricta sujeción a las disposiciones de sus padres, o a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia.

2.º A procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran o recobren su capacidad.

3.º A hacer inventario de los bienes a que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia.

4.º A administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia.

5.º A solicitar oportunamente la autorización del consejo de familia para todo lo que no pueda realizar sin ella.

6.º A procurar la intervención del protutor en todos los casos en que la ley la declara necesaria.

Art. 265. El inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Este decidirá, según la importancia del caudal, si deberá además autorizar el acto algún Notario.

Art. 266. Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles o industriales, que a juicio del consejo de familia no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado a este fin.

Los demás muebles y los semovientes, si no estuvieren tasados, se apreciarán por peritos que designe el consejo de familia.

Art. 267. El tutor que, requerido al efecto por Notario, por el protutor o por los testigos, no inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia.

Art. 268. Cuando acerca de la pensión alimenticia del menor o incapacitado nada hubiese resuelto el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor, el consejo de familia, en vista del inventario, decidirá la parte de rentas o productos que deba invertirse en aquella atención.

Esta resolución puede modificarse a medida que aumente o disminuya el patrimonio de los menores o incapaces, o cambie la situación de éstos.

Art. 269. El tutor necesita autorización del consejo de familia:

1.º Para imponer al menor los castigos de que tratan el número 2.º del art. 155 y el art. 156.

2.º Para dar al menor una carrera u oficio determinado cuando esto no hubiese sido resuelto por los padres, y para modificar las disposiciones que éstos hubiesen adoptado.

3.º Para recluir al incapaz en un establecimiento de salud, a menos que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre o algún hijo.

4.º Para continuar el comercio o la industria a que el incapacitado o sus ascendientes o los del menor hubiesen estado dedicados.

5.º Para enajenar o gravar bienes que constituyan el capital de los menores o incapaces, o hacer contratos o actos sujetos a inscripción.

6.º Para colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela.

7.º Para proceder a la división de la herencia o de otra cosa que el menor o incapacitado poseyere en común.

8.º Para retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses.

9.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

10. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las donaciones.

11. Para hacer gastos extraordinarios en las fincas cuya administración comprenda la tutela.

12. Para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor o incapacitado estuviere interesado.

13. Para entablar demandas en nombre de los sujetos a tutela y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubiesen sido condenados.

Se exceptúan las demandas y recursos en los juicios verbales.

Art. 270. El consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar o gravar los bienes del menor o incapacitado sino por causas de necesidad o utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

La autorización recaerá sobre cosas determinadas.

Art. 271. El consejo de familia, antes de conceder autorización para gravar bienes inmuebles o constituir derechos reales a favor de

terceros, podrá oir previamente el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen y la posibilidad de mejorarlas.

Art. 272. Cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles, o de alhajas o muebles cuyo valor exceda de 4,000 pesetas, la enajenación se hará en pública subasta con intervención del tutor o protutor.

Los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles o industriales, serán vendidos por agente de Bolsa o corredor de comercio.

Art. 273. El tutor responde de los intereses legales del capital del menor cuando, por su omisión o negligencia, quedare improductivo o sin empleo.

Art. 274. La autorización para transigir o comprometer en árbitros deberá ser pedida por escrito, en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción.

El consejo de familia podrá oir el dictamen de uno o más letrados, según la importancia del asunto, y concederá o negará la autorización. Si la otorgare, lo hará constar en el acta.

Art. 275. Se prohibe a los tutores:

1.º Donar o renunciar cosas o derechos pertenecientes al menor o incapacitado.

Las donaciones que por causa del matrimonio hicieren los menores con aprobación de las personas que hayan de prestar su consentimiento para el matrimonio, serán válidos siempre que no excedan del límite señalado por la ley.

2.º Cobrar de los deudores del menor o incapacitado, sin intervención del protutor, cantidades superiores a 5,000 pesetas, a no ser que procedan de intereses, rentas o frutos.

La paga hecha sin este requisito sólo aprovechará a los deudores cuando justifiquen que la cantidad percibida se ha invertido en utilidad del menor o incapacitado.

3.º Hacerse pago, sin intervención del protutor, de los créditos que le correspondan.

4.º Comprar por sí o por medio de otra persona los bienes del menor o incapacitado a menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia.

Art. 276. El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del menor o incapacitado.

Cuando ésta no hubiere sido fijada por los que nombraron al tutor testamentario, o cuando se trate de tutores legítimos, o dativos, el consejo de familia la fijará teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración.

En ningún caso bajará la retribución del 4, ni excederá del 10 por ciento de las rentas o productos líquidos de los bienes.

Contra el acuerdo en que se fije la retribución del tutor podrá éste recurrir a los Tribunales.

Art. 277. Si el consejo de familia sostuviere su acuerdo, litigará a expensas del menor o incapacitado.

Art. 278. Concluye la tutela:

1.° Por llegar el menor a la edad de veintitrés años, por la habilitación de edad y por la adopción.

2.° Por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos.

CAPÍTULO X

De las cuentas de la tutela

Art. 279. El pariente colateral del menor o incapacitado, y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo de tutor con la asignación de frutos por alimentos, rendirán al consejo de familia cuentas anuales de su gestión.

Estas cuentas, examinadas por el protutor y censuradas por el consejo, serán depositadas en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela.

Si el tutor no se conformase con la resolución del consejo, podrá recurrir a los Tribunales, ante los cuales los intereses del menor o incapacitado serán defendidos por el protutor.

Art. 280. El tutor que sea reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, a rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace; cuya cuenta será examinada y censurada en la forma que previene el artículo precedente. El nuevo tutor será responsable al menor de los daños y perjuicios, si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor.

Art. 281. Acabada la tutela, el tutor o sus herederos están obligados a dar cuenta de su administración al que haya estado sometido a aquélla o a sus representantes o derecho habientes.

Art. 282. Las cuentas generales de la tutela serán censuradas e informadas por el consejo de familia dentro de un plazo que no excederá de seis meses.

Art. 283. Las cuentas deben de ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la justificación de los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra a recoger recibos.

Art. 284. Los gastos de la rendición de cuentas correrán a cargo del menor o incapacitado.

Art. 285. Hasta pasados quince días después de la rendición de cuentas justificadas no podrán los causa habientes del menor, o éste, si ya fuere mayor, celebrar con el tutor convenio alguno que se relacione con la gestión de la tutela.

El consejo de familia, sin perjuicio de los arreglos que pasado ese plazo puedan hacer los interesados, deberá denunciar a los Tribunales

cualesquiera delitos que se hubiesen cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela.

Art. 286. El saldo que de las cuentas generales resultare a favor o en contra del tutor producirá interés legal.

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.

En el segundo, desde la rendición de cuentas si hubiesen sido dadas dentro del término legal, y, si no, desde que éste expire.

Art. 287. Las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen a los cinco años de concluída ésta.

CAPÍTULO XI

Del registro de las tutelas

Art. 288. En los Juzgados de primera instancia habrá uno o varios libros donde se tome razón de las tutelas constituídas durante el año en el respectivo territorio.

Art. 289. Estos libros estarán bajo el cuidado de un Secretario judicial, el cual hará los asientos gratuitamente.

Art. 290. El registro de cada tutela deberá contener:

1.º El nombre, apellido, edad y domicilio del menor o incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad.

2.º El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo o dativo.

3.º El día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituído.

4.º La pensión alimenticia que se haya asignado al menor o incapaz, o la declaración de que se han compensado frutos por alimentos.

Art. 291. Al pie de cada inscripción se hará constar, al comenzar el año judicial, si el tutor ha rendido cuentas de su gestión en el caso de que esté obligado a darlas.

Art. 292. Los Jueces examinarán anualmente estos registros y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas a tutela.

TÍTULO X

Del consejo de familia

SECCIÓN PRIMERA

De la formación del consejo de familia

Art. 293. Si el Ministerio público o el Juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a que se refiere al artículo 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio o a excitación fiscal, según los casos, la constitución del consejo de familia.

Están obligados a poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar a la tutela en el momento que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados a la tutela legítima, y los que por ley son Vocales del consejo, quedando responsables, si no lo hicieren, de la indemnización de daños y perjuicios.

El Juez municipal citará a las personas que deban formar el consejo de familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión y el día, hora y sitio en que ha de tener lugar.

Art. 294. El consejo de familia se compondrá de las personas que el padre, o la madre en su caso, hubiesen designado en su testamento, y en su defecto, de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegaren a cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y, si no los hubiere, o no estuvieren obligados a formar parte del consejo, el Juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres del menor o incapacitado.

Si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, el Juez municipal constituirá el consejo con los cinco parientes varones más próximos del menor o incapacitado, y cuando no hubiere parientes en todo o en parte, los suplirá con personas honradas, prefiriendo siempre los amigos de los padres.

Art. 295. En igualdad de grado será preferido para el consejo de familia el pariente de más edad.

Art. 296. Los Tribunales podrán subsanar la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores, si no se debiere al dolo

ni causare perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela, pero reparando el error cometido en la formación del consejo.

Art. 297. No podrán ser obligados a formar parte del consejo de familia los parientes del menor o incapacitado llamados por la ley que no residieren dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela; pero serán Vocales del consejo si voluntariamente se prestan a aceptar el cargo, para lo cual debe citarles el Juez municipal.

Art. 298. Las causas que excusan, inhabilitan y dan lugar a la remoción de los tutores y protutores, son aplicables a los Vocales del consejo de familia. No podrán tampoco ser Vocales las personas a quienes el padre, o la madre en su caso, hubiesen excluído en su testamento de este cargo.

Art. 299. El tutor y el protutor no podrán ser a la vez Vocales del consejo de familia.

Art. 300. La Junta para la formación del consejo de familia será presidida por el Juez municipal. Los citados están obligados a comparecer personalmente, o por medio de apoderado especial, que nunca podrá representar más que a una sola persona. Si no comparecieren, el Juez podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

Art. 301. Formado el consejo de familia por el Juez municipal, procederá aquél a dictar todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y constituir la tutela.

Art. 302. El consejo de familia para los hijos naturales se constituirá bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos, pero nombrando Vocales a los parientes del padre o madre que hubiese reconocido a aquéllos.

El de los demás hijos ilegítimos se formará con el Fiscal municipal, que será presidente, y cuatro vecinos honrados.

Art. 303. La Administración de cada Establecimiento de Beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden a los tutores y al consejo de familia.

SECCIÓN SEGUNDA

De la manera de proceder el consejo de familia

Art. 304. Será presidente del Consejo el Vocal que eligieren los demás.

Corresponde al presidente:

1.º Reunir el consejo cuando le pareciere conveniente o lo pidieren los Vocales o el tutor o el protutor, y presidir sus deliberaciones.

2.º Redactar y fundar sus acuerdos, haciendo constar la opinión de cada uno de los Vocales y que éstos autoricen el acta con su firma.

3.º Ejecutar los acuerdos.

Art. 305. El consejo de familia no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos sin que estén presentes por lo menos tres Vocales.

Los acuerdos se tomarán siempre por mayoría de votos.

El voto del presidente decidirá en caso de empate.

Art. 306. Los Vocales del consejo de familia están obligados a asistir a las reuniones del mismo a que fueren convocados. Si no asistieren, ni alegaren excusa legítima, el presidente del consejo lo pondrá en conocimiento del Juez municipal, quien podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

Art. 307. Ningún Vocal del consejo de familia asistirá a su reunión ni emitirá su voto, cuando se trate de negocio en que tengan interés él, sus descendientes, ascendientes o consorte; pero podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente.

Art. 308. El tutor y el protutor tienen obligación de asistir a las reuniones del consejo de familia, pero sin voto, cuando fueren citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reúna a su instancia.

Tiene derecho a asistir y ser oído el sujeto a tutela siempre que sea mayor de catorce años.

Art. 309. El consejo de familia conocerá de los negocios que sean de su competencia conforme a las disposiciones de este Código.

Art. 310. De las decisiones del consejo de familia pueden alzarse ante el Juez de primera instancia los Vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor o cualquier pariente del menor u otro interesado en la decisión, salvo el caso del art. 242.

Art. 311. Al terminar la tutela y disolverse por consecuencia el consejo de familia, entregará éste al que hubiese estado sujeto a tutela, o a quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones.

Art. 312. Los Vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia o negligencia culpable sufriere el sujeto a tutela.

Se eximirán de esta responsabilidad los Vocales que hubiesen disentido del acuerdo que causó el perjuicio.

Art. 313. El consejo de familia se disuelve en los mismos casos en que se extingue la tutela.

Consejo de familia

Es institución, la del consejo de familia, de origen germánico antiguo y en España fué celtibérica (véase lo dicho, pág. 153 de esta obra); está ahora copiada del Código francés. Costa cree encontrar precedentes de la institución consejo de familia en los Usajes, en cuanto «declaran nula la donación o absolución

que el menor haga al tutor sin consentimiento de sus parientes, tres de línea paterna y otros tres de materna; en su defecto, de tres de una u otra de las dos ramas, y a falta de todos los substituirán amigos de la familia designados por el Juez (1).»

Se refiere a la Constitución dictada por las Cortes Catalanas reunidas en Perpiñán en 1351 (Constituciones de Cataluña, vol. 1, lib. 5, tít. 4, Const. 2.ª).

Esta constitución 2.ª empieza con la palabra *A tolre*, tít. 5 de *Tudors y Curadors*, lib. 5, vol. 1; en virtud de ella se ha creído en Cataluña, que la rendición de cuentas y su definición en la tutela es nula su aprobación, si la hace el pupilo menor de 25 años, a menos que intervengan dichos parientes próximos; ciertamente establece una especie de consejo de familia.

En el caso de nuestra Constitución debe entenderse que los parientes no han de estar interesados en la rendición de cuentas; de otra suerte, quedará frustrada la causa final de esta ley catalana (2).

Se llama *consell de parents* en las comarcas de N. O. de Cataluña también la junta de parientes y amigos, destinada a concertar los casamientos según se explicó al tratar del matrimonio catalán, y a resolver las diferencias de intereses en la familia, y en el siglo XI era llamado consejo de prohombres (*consell de prohomens*) según el Usaje *Tutores*.

---

(1) Costa. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. Barcelona 1879 a 1885, pág. 49, 50 y 67.

(2) Copons y Deona, abogados en un alegato del siglo XVII *Resposta feta per los nobles cónjugues D. Isidro y D.ª Ana María de Saleta a la relació del fet proposada per Joan Argila y Teresa Soler.*

TÍTULO XI

De la emancipación y de la mayor edad

CAPÍTULO PRIMERO

De la emancipación

Art. 314. La emancipación tiene lugar:

1.º Por el matrimonio del menor.

2.º Por la mayor edad.

3.º Por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad.

Art. 315. El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo tercero del 50.

Art. 316. La emancipación de que trata el párrafo tercero del art. 314 se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez municipal, que habrá de anotarse en el Registro civil, no produciendo entretanto efecto contra terceros.

Art. 317. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

Art. 318. Para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre o de la madre, se requiere que el menor tenga diez y ocho años cumplidos y que la consienta.

Art. 319. Concedida la emancipación, no podrá ser revocada.

Emancipación

La emancipación por matrimonio, destruyendo el precepto romano de la patria potestad, fué declarada por las Cortes de Perpiñán de 1351 (Constituciones de Cataluña, lib. 8, tít. 8, vol. 1.º), estableciendo que si el hijo o la hija, nieto o nieta, o cualesquiera otros descendientes que se hallen en potestad

del padre o del abuelo o de otros ascendientes, se colocaran en matrimonio con consentimiento de dichos padre o abuelo en cuyo poder se hallen, sean habidos incontinenti *ipso facto* por emancipados, y todas cosas pueden entre vivos o en última voluntad hacer, o sea lo que todo hijo emancipado; aunque el padre o el abuelo en cuya potestad se encuentren habiten o estén en una misma casa y aunque no se consume el matrimonio (1).

Nuestro derecho conserva la emancipación forzosa en los siguientes casos excepcionales: cuando el padre prostituye a su hija está obligado a emanciparla (2) y cuando en general castiga a sus hijos con crueldad (3).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de junio de 1906 dictada en pleito de Cataluña, declaró que el artículo 315 debe armonizarse con el 317, «que sólo se refiere a los efectos de la emancipación concedida por quien ejerce la patria potestad» y en consecuencia un marido mayor de 18 años puede dar licencia a su mujer menor para comparecer en juicio.

CAPÍTULO II

De la mayor edad

Art. 320. La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Art. 321. A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas.

---

(1) Dice en su final esta Constitucion:
«Sien hauts encontinent ipso facto per emancipats, e totas cosas puxan entre vius, e en derrera voluntat fer, que Fill Emancipat pot, encara si ab lo pare, o ab lo Avi, o ab altre en potestat de qual será, en un mateix alberc romanga ó stiga, car per sola collocatio del Matrimoni, de e ab consentiment del Pare o Avi per paraulas de present feta, lo Fill o altre descendent del vincle de la Potestat Paternal volem esser deliurat, jat sie, que carnal copula de aquen no sie estada subseguida.»

(2) Código, ley 6, *De spectac. et scæn*, lib. 11, tít. 40.

(3) Digesto, ley 5, lib. 37, tít. 12, *si parent. quis manumit.* Sobre emancipacion por indignidad del padre véase la sentencia de 23 de Junio de 1905.

Art. 322. El menor de edad, huérfano de padre y madre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal.

Art. 323. Para la concesión y aprobación expresadas en el artículo anterior se necesita:

1.º Que el menor tenga diez y ocho años cumplidos.

2.º Que consienta en la habilitación.

3.º Que se considere conveniente al menor.

La habilitación deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y anotarse en el civil.

Art. 324. Es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el art. 317.

Mayor edad

En Cataluña, hasta muy entrada la Edad Media prevaleció el principio del derecho germánico respecto a la mayor edad. Así se explica como en los Usajes (Usaje *Tutores*, Constituciones de Cataluña, lib. 5.º, tít. 4.º) se da por establecida la mayor edad a los veinte años, en cuanto a los nobles, lo que subsistió como fuero especial de esta clase, y se señala la mayor edad de los rústicos a los quince años. En la Constitución 2.ª, dictada en las Cortes de Perpiñán de 1351, todavía se da por entendida la mayor edad a los veinte años; pero la invasión del derecho romano acabó por establecer por costumbre la mayor edad a los veinticinco años en Cataluña, lo cual todavía subsiste y acaso sea lo más en armonía con el tardío desarrollo de la raza (1).

Algo parecido sucedió en Navarra, y el Tribunal Supremo ha reconocido allí la mayor edad a los 25 años, aun después de publicado el Código (sentencia de 1 de Abril de 1891).

No rige, por esto, en Cataluña, el artículo 278 sobre la conclusión de *la tutela* a los 23 años.

---

(1) Digesto, leyes 1 y 3, lib. 4, tít. 4, *de minor XXV annis*.

TÍTULO XII

Del registro del estado civil

Art. 325. Los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto.

Art. 326. El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones o anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará a cargo de los Jueces municipales u otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares o diplomáticos en el extranjero.

Art. 327. Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

Art. 328. No será necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla. Esta declaración comprenderá todas las circunstancias exigidas por la ley; y será firmada por su autor, o por dos testigos a su ruego, si no pudiere firmar.

Art. 329. En los matrimonios canónicos será obligación de los contrayentes facilitar al funcionario representante del Estado que asista a su celebración todos los datos necesarios para su inscripción en el Registro civil. Exceptúanse los relativos a las amonestaciones, los impedimentos y su dispensa, los cuales no se harán constar en la inscripción.

Art. 330. No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas.

Art. 331. Los Jueces municipales y los de primera instancia, en su caso, podrán corregir las infracciones de lo dispuesto sobre el Registro civil, que no constituyan delito o falta, con multa de 20 a 100 pesetas.

Art. 332. Continuará rigiendo la ley de 17 de junio de 1870, en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes.

INDICE DEL TOMO PRIMERO

Págs.

Prólogo V

Estudio de los elementos constitutivos del derecho catalán y del origen histórico de sus instituciones.

I El territorio. La raza 1

II El elemento celto-galo o germánico primitivo 19

III El elemento mediterráneo 43

IV El elemento visigodo y el castellano. La codificación 57

Estudio de la constitución formal o externa del derecho catalán

I La ley 81

APÉNDICE I

Extensión del derecho de Barcelona. Poblaciones llamadas calle y miembro de la ciudad 94

APÉNDICE II

¿Toda la legislación de Barcelona es aplicable a Gerona?—*Recognoverunt proceres.*—Privilegio de la validez de los testamentos en que hubo preterición.—Extensión a la ciudad de San Feliu de Guixols 96

II La doctrina de los autores.

La ciencia jurídica de Cataluña desde el siglo XIII al XVIII 99

III La doctrina de los autores.

La ciencia jurídica de Cataluña en el siglo XVIII..... 115

IV La doctrina de los autores.

La ciencia jurídica de Cataluña en el siglo XIX y hasta nuestros días. 127

V La jurisprudencia.

El nuevo derecho civil de Cataluña.—Estado actual 143

Págs.

Concepto general del Código Civil.
I Situación del derecho catalán respecto al Código.
Elementos desarmónicos de que se compone el Código. Armonía del derecho catalán y de las legislaciones históricas en general... 151

CODIGO CIVIL

TÍTULO PRELIMINAR

De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación 157

LIBRO PRIMERO

De las personas 177

TÍTULO I

De los españoles y extranjeros

Quienes son catalanes 178

TÍTULO II

De las personas naturales 182
De las personas jurídicas 186
Personas jurídicas reguladas en derecho catalán.—La herencia yacente.—El mas.—La casa 190
Capacidad civil de las personas jurídicas 192
Adquisición de bienes por las personas jurídicas.—Propiedad comunal 195

TÍTULO III

Del domicilio 199

TÍTULO IV

Del matrimonio. Disposiciones generales 201
De la familia catalana en general. Su comparación con la castellana.
La familia según el Código civil 203

Págs.

Prohibición de contraer matrimonio 211
De los derechos y obligaciones entre marido y mujer..... 212
De los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio.... 219
Usaje Vidua 221
Del matrimonio canónico 225
Del matrimonio civil 226
Matrimonio catalán.—Su celebración, carácter, ceremonias, consejo de amigos y parientes 230
Joyas, ropas, anillo nupcial, dados con ocasión del matrimonio.. 233
De la nulidad del matrimonio 235
Del divorcio 236

TÍTULO V

De la paternidad y filiación

De los hijos legítimos..... 237
De las pruebas de filiación de los hijos legítimos 241
De los hijos legitimados 243
De los hijos ilegítimos 244
Investigación de la paternidad 249

APÉNDICE I

Sentido de las palabras HIJOS, LIBEROS, SUYOS, SUCESORES, *en derecho catalán* 256

TÍTULO VI

De los alimentos entre parientes 261

TÍTULO VII

De la patria potestad.

Disposición general.

Efectos de la patria potestad respecto a las personas 272
De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos. 275
De los modos de acabarse la patria potestad 278
De la adopción 279

Págs.

TÍTULO VIII

De la ausencia 285

TÍTULO IX

De la tutela.

Tutelas 288
De la tutela testamentaria 289
De la tutela legítima 291
De la tutela de los pródigos 229
Concepto de la prodigalidad. Sus aplicaciones generales y en Cataluña 293
De la tutela de los que sufren interdicción 299
De la tutela dativa 299
Del protutor 299
De las personas inhábiles para ser tutores y protutores y de su remoción 300
De las excusas de la tutela y protutela 301
Del afianzamiento de la tutela 303
Del ejercicio de la tutela 304
De las cuentas de la tutela 307
Del registro de las tutelas 308
Del consejo de familia 309
De la manera de proceder el consejo de familia 310
Consejo de familia 311

TÍTULO XI

De la emancipación y de la mayor edad.

Emancipación 313
De la mayor edad 314
Del Registro del estado civil 316